

# DESAFÍOS DEL PROCESALISMO IBEROAMERICANO ANTE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES<sup>1</sup>

Dr. PEDRO NICOLÁS SANTO ROSENBLUM<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 19 de marzo de 2010 - Fecha de aceptación: 1 de julio de 2010

## Resumen

El presente trabajo fue realizado por un grupo de estudiantes de la Universidad de Montevideo y presentado en el marco del Décimo Concurso de Semilleros celebrado en ocasión del Trigésimo Congreso Colombiano de Derecho Procesal. En las siguientes líneas, se realiza un estudio pormenorizado del fenómeno de la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales, comenzando por sus fundamentos teóricos, continuando con el análisis de ciertos criterios orientadores de la decisión judicial y explorando algunos de los instrumentos existentes para la protección de los DESC. Finalmente, se realizan consideraciones acerca de la relevancia que la tutela anticipada tiene en la actualidad, en tanto herramienta que colabora en la efectivización de los derechos.

**Palabras Claves:** *Concurso de semilleros. Judicialización de los DESC. Derechos Fundamentales.*

## Abstract

In the following lines, a detailed study of the phenomenon of the judicialization of the economic, social and cultural rights is realized, beginning by its theoretical foundations, continuing with the analysis of certain criteria advisers of the judicial decision and exploring some of the existing instruments for the protection of the DESC. Finally, considerations are realized about the relevance that the anticipated trusteeship has at present, in as much tool that collaborates in the efectivity of the rights.

**Key Words:** *Judiciary branch. Human rights. Judicialization of social and economic conflicts.*

## DESAFÍOS DEL PROCESALISMO IBEROAMERICANO ANTE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

*“... Para el burócrata, los hombres dejan de ser personas vivas y se transforman en números, cédulas y fascículos: en un expediente, con numerosas fojas, y en medio de ellas, un hombre disecado. Para el burócrata, los afanes del hombre vivo que está en espera no significan nada; ve aquél enorme cúmulo de papeles sobre su escritorio y solo trata de encontrar un medio de hacerlo pasar al escritorio de otro burócrata, y descargar sobre él el fastidio de aquél engorro...”<sup>3</sup>.*

L. VAN ROMPAEY

<sup>1</sup> Ponencia ganadora del segundo lugar en el X Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho Nivel Pregrado en el marco del XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal que tuvo lugar en Cali (Colombia) los días 2, 3 y 4 de septiembre de 2009.

<sup>2</sup> Fueron también integrantes de este Grupo de Investigación los estudiantes: MATÍAS DEVOTO, PILAR ETCHEVERRY, MARTÍN FALCIONI, NICOLÁS FERRAGUT, MARTÍN FRAGA, JUAN MAURICIO PÍGOLA, JUAN MARTÍN SAPELLI, MARÍA PAULA SOLÉ, MARÍA ELENA URIARTE.

<sup>3</sup> VAN ROMPAEY, Leslie, “*El rol del Juez en la Sociedad Moderna*”, en Revista de Derecho Público N° 34, FCU, 2008, Montevideo, p. 26.

“... El proceso se ha convertido en un eslabón fundamental en la historia de la civilización humana... Los fundamentos de esta historia no los constituyen ya, únicamente, los nombres de famosas batallas, sino también las sentencias judiciales, que se han convertido en hitos dignos de ser recordados...”<sup>4</sup>.

M. STORME

## SECCIÓN I

### CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

#### 1. INTRODUCCIÓN.

Casi terminada la primera década del Siglo XXI, nos encontramos en un momento trascendental de la historia de la humanidad. Por un lado, observamos que el mundo transita por la mayor turbulencia económica que se recuerde desde 1929, la cual pone en tela de juicio muchos de los paradigmas incuestionables hasta hace poco tiempo atrás. Por el otro, fenómenos como la exclusión social, las migraciones y, sobre todo, el cambio climático, generan preocupantes incertidumbres de cara al futuro.

Dentro de este contexto mundial, nuestra América Latina y sus pobladores, se hallan en una situación de vulnerabilidad que resulta alarmante. Con dos tercios de la población viviendo con menos de dos dólares americanos al día, el desempleo en niveles elevadísimos, cárceles superpobladas en las que las vidas de los reclusos transcurren en condiciones de hacinamiento y sistemas de seguridad social, salud y educación desbordados, el continente se encuentra hoy en una encrucijada.

Si bien es cierto que –así como se ha generado una *conciencia ambiental*– parece haberse generado una verdadera *conciencia humanitaria* alrededor del globo, también lo es que han aumentado exponencialmente las situaciones en que los Derechos Fundamentales corren el riesgo de ser conculcados. En tan significativo tiempo, una adecuada aplicación de los mecanismos de protección de los mismos se torna indispensable. Mas si de vulnerabilidades se trata, son precisamente los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC) los que se encuentran expuestos a los mayores peligros.

En función de lo antedicho, la relevancia del Derecho Procesal se magnifica notablemente. Sobre todo, en lo relativo a la prevención de daños y a la tutela judicial efectiva. Ante el fracaso de los sistemas administrativos, es precisamente a través de diversos instrumentos procesales que será posible hacer valer los DESC. Expresa el artículo 14 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica que “*el Tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales*”. Creemos que es precisamente la vocación de servicio de esta rama del Derecho la que debe excitar nuestra sensibilidad perfeccionadora, para que los instrumentos con los que contamos hoy sean lo más eficaces posible a la hora de encontrar salidas a los conflictos jurídicos que se suscitan en el devenir de la vida en sociedad.

Como actuales estudiantes de Derecho y futuros operadores jurídicos, tenemos la obligación de explorar estas realidades con espíritu crítico y profundidad. En función de esto, no buscaremos aproximarnos al fenómeno de la judicialización de los DESC desde una

---

<sup>4</sup> Citado por VÉSCOVI, Enrique, “*El servicio de Justicia y su modernización en el Derecho Comparado en Iberoamérica y en Uruguay*”, en Revista de Técnica Forense N°4, ITF/FCU, 1994, Montevideo, p. 60

óptica puramente teórica sino que, por el contrario, intentaremos descubrir cuáles son las dificultades que él presenta en la práctica, para de esa manera contribuir a corregir algunos de los errores en los que se incurre al reaccionar ante ellas.

¿Parece complejo? Repensar estructuras siempre lo es. Pero si realmente queremos Estados en los que los seres humanos puedan llevar una vida acorde con su dignidad, somos, fundamentalmente, los profesionales universitarios de las nuevas generaciones, quienes debemos diseñar soluciones globales para que ello sea posible, sin perjuicio de colaborar en la mejora de las ya existentes. Sólo con compromiso, sentido común y dedicación es que lograremos recorrer exitosamente ese camino. En pos de ese objetivo, hemos realizado este trabajo...

## 2. MARCO FÁCTICO

No es novedad que el funcionamiento de las instituciones políticas y administrativas latinoamericanas resulta poco feliz. El lento tranco de la maquinaria estatal, la apatía de quienes están a cargo de las entidades públicas y la falta de profesionalidad de sus técnicos, son moneda corriente en nuestras sociedades. Si este hecho no repercutiera directamente sobre los derechos de las personas que deben soportar demoras injustificadas en sus tramitaciones o burócratas necesitados de beber café en oficinas públicas el día entero para sacudir su modorra, no habría mayores razones para preocuparnos. Sin embargo, la realidad indica que todas estas inconductas –además de socavar sigilosamente la confianza en el sistema democrático– en muchos casos constituyen ataques directos a los Derechos Fundamentales. Así ocurre cuando se ponen trabas infundadas o absurdas al acceso a medicamentos necesarios para combatir una enfermedad terminal, o al real ejercicio del derecho a la vivienda o a la educación alegando ausencia de rubros, por citar algunos ejemplos típicos.

Ahora bien, los medicamentos reclamados deben ser comprados a los laboratorios, las viviendas se construyen con materiales adquiridos a terceros y la educación se garantiza con recursos humanos y locativos que requieren mejoras permanentes. En definitiva –y por más duro que ello suene– la efectiva realización de estos derechos se reduce al poder económico del Estado; y las posibilidades de atender por vías políticas reclamos que giren en torno a la protección de los DESC, son, en consecuencia, directamente proporcionales a la capacidad económica de los obligados<sup>5</sup>. Por tomar la expresión de BARBOSA MOREIRA, cuanto más frondoso sea el árbol de los recursos, menores dificultades aquejarán a las instituciones políticas a la hora de resolver estos casos<sup>6</sup>. Sucede que para el árbol de los recursos de los Estados latinoamericanos, el otoño parece ser eterno y sus hojas y ramas estar siempre secas. Como explica el mencionado autor brasileño, situaciones como las descritas hacen que “... se vuelva necesario someter a la apreciación y decisión del juez intereses que no disfrutaban del favor de las fuerzas económicas dominantes y por regla general se sujetan tradicionalmente, en los fueros políticos, a vicisitudes hartamente conocidas...”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Irónicamente, señala SAGÜES que “... puede constatar estadísticamente que, a menor producto bruto interno nacional y a menor ingreso per cápita, hay más declaraciones produciéndose así, en países del tercer mundo, una sobrecarga de derechos que desde el punto de vista cuantitativo supera largamente el estado de cosas anterior...”, SAGÜES, Néstor Pedro, “Estado social de derecho y derechos imposibles”, en Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 6, 2005, Piura, p. 165.

<sup>6</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “La significación social de las reformas procesales”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal (RUDP) N°4, Año 2004, p. 346.

<sup>7</sup> IBÍDEM, p. 35.

Destacamos que el asunto no es de tan sencilla dilucidación, ya que el centro del problema resulta sumamente delicado, por girar el mismo en torno a decisiones de política económica-presupuestaria, las cuales, por lo general, son responsabilidad de los Poderes Legislativos y Ejecutivos. No debemos olvidar que para plasmar los ejemplos dados en el párrafo anterior resulta necesario el desembolso de dineros provenientes del erario público. Y he aquí el punto más álgido de la discusión.

¿Está la judicatura preparada para evaluar el impacto de sus resoluciones sobre la estructura del Estado? ¿Dónde queda el principio de separación de poderes? ¿Cabe a los tribunales tomar decisiones sobre dónde invertir y qué bienes materiales ofrecer? Resulta claro que el área de conocimiento dominada por los jueces es el Derecho, y no la Economía o la Administración. Si a esto le sumamos que disponen de una perspectiva casuística y no global de los problemas, los cuestionamientos revisten mayor importancia aún. No obstante, si bien la idea originaria fue que los DESC fueran invocados y protegidos en ámbitos no judiciales, la práctica indica una realidad totalmente diferente. Es precisamente en las implicancias jurídico-procesales de este escenario, en las que nos sumergiremos en las páginas siguientes<sup>8</sup>.

### **3. PROCESO DE JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ENCUADRE PRELIMINAR.**

El Diccionario de la Real Academia Española define al término *judicialización* como “acción y efecto de *judicializar*”<sup>9</sup>. Mientras tanto, *judicializar* significa “llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política”<sup>10</sup>.

Por otro lado, cuando hablamos de DESC, hacemos referencia al conjunto de derechos enunciados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)<sup>11</sup>. A título meramente ilustrativo, destacamos algunos de ellos: derecho al trabajo, derecho de libre sindicación, derecho de huelga, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la protección de la familia, derecho a la vivienda, derecho a la cultura, derecho a la seguridad social.

El PIDESC ha sido incorporado a las legislaciones de los países latinoamericanos a través de respectivas leyes. Independientemente de ello, la mayoría de las Constituciones de los Estados de la región hacen referencia a los derechos en él consagrados. Pero no podemos continuar un estudio acerca de los DESC desde una óptica procesal, sin antes aclarar un punto que ha motivado –y aún motiva– interpretaciones equivocadas.

Los derechos culturales, así como también algunos de los derechos económicos y sociales tienen, al decir de PRIETO DE PEDRO, una doble dimensión. Por un lado, *social*, relativa a los pueblos; por el otro, *individual*, que afecta a todas las personas. En esa última dimensión, los derechos culturales pertenecen a tres generaciones de Derechos Humanos<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Nos dice SAGÜES que “... en la sociedad moderna, si la gente no encuentra respuestas útiles en el Congreso o en el Presidente, plantea hoy sus reclamos ante los estrados judiciales, y exige a los magistrados constitucionales pronunciamientos operativos para practicar aquí y ahora los derechos que enuncia la ley suprema...”, IBÍDEM, p. 165.

<sup>9</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=judicialización](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=judicialización). Consultada el 30 de abril de 2009.

<sup>10</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=judicializar](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=judicializar). Consultada el 30 de abril de 2009.

<sup>11</sup> A nivel interamericano no puede dejar de mencionarse el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como “Protocolo de San Salvador”.

<sup>12</sup> Vid. *Infra*. Sección I, 4).

#### 4. FUNDAMENTOS TEÓRICOS. LA JUDICIALIZACIÓN COMO CONSECUENCIA NECESARIA DE LOS PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN.

Los Derechos Humanos, así como también su protección, tienen hoy un carácter integral, luego de haberse interpretado correctamente la clasificación de los mismos en generaciones. Se entiende que la posibilidad de exigirlos ante los tribunales, es una consecuencia necesaria de los procesos de democratización que han tenido lugar en América Latina desde finales de los años ochenta en adelante. Sin embargo, no fue posible llegar a esta conclusión sin antes derramar ríos de tinta en investigaciones.

En los siguientes numerales, daremos una mirada a la evolución de los fundamentos de hecho y de derecho que han llevado a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, a defender la posibilidad de exigir ante la justicia ordinaria el cumplimiento de los DESC.

I) Señala CASTRO RIVERA que, primeramente, el problema de la judicialización de los DESC giraba en relación a que *“... se discutía su valor como derechos en sentido jurídico y se hablaba, en cambio, de derechos en sentido muy amplio, como derechos morales o como exigencias de legitimidad del sistema político...”*<sup>13</sup>.

II) Posteriormente, si bien se reconoció la naturaleza jurídica de estos derechos, se sostuvo que se trataba de normas de carácter programático que debían ser implementadas de acuerdo a las cláusulas de progresividad insertas en las Constituciones. Al decir de SAGÜES, *“... más que de “Constituciones-Contrato”, jurídicamente planteables ante los tribunales, se trataría de “Constituciones-Promesa”, lanzadas hacia el porvenir, inexigibles jurídicamente...”*<sup>14</sup>.

III) La perspectiva dada por la clasificación de los derechos humanos en generaciones, condujo a la confusión de que unos –los de primera generación– merecían mayor protección que los demás. Pero copiosos desarrollos doctrinales encabezados por Robert ALEXY, contribuyeron a erradicar esta confusión, reconociéndose la indivisibilidad de los Derechos Humanos, así como también su eficacia horizontal (posibilidad de hacerlos valer ante los particulares), la cual se sumaría a la ya reconocida eficacia vertical (posibilidad de hacerlos valer ante el Estado).

IV) Se asentó la idea de que, tanto los de primera como los de segunda generación, generaban a la Administración obligaciones de acción como de abstención, por lo que también se descartó este criterio como diferenciador de las categorías de derechos. De esa forma, se comenzaron a observar en las Constituciones de los Estados Sociales de Derecho expresiones como *proteger, respetar, asegurar o promover*, que según el derecho del que se tratara, indicaban si el Estado debía actuar o abstenerse de ello, para defender los bienes a los que se hacía referencia.

V) ¿Dónde estaban, entonces, las diferencias entre las generaciones de derechos? Simplemente en el momento histórico en que los mismos habían sido consagrados. No hay entre los Derechos Humanos de distintas generaciones diferencias de esencia, sino de cronología. Laudada la discusión acerca de la naturaleza de los DESC, quedaba por delante –la tarea no precisamente sencilla– de explicar cómo –y con qué recursos– se implementarían.

---

<sup>13</sup> CASTRO RIVERA, Alicia, *“Los derechos humanos económicos, sociales y culturales”*, en Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay, N°4, 2007, Mo ntevideo, pp. 164-165.

<sup>14</sup> IBÍDEM, p. 164.

VI) Esta situación llevó a autores como el antedicho constitucionalista argentino, a hablar de derechos “*imposibles*”, en el entendido de que, si bien los mismos se encontraban reconocidos por el ordenamiento jurídico, el Estado no se encontraba materialmente capacitado para cumplir con ellos, por carecer de los fondos necesarios. A pesar de esto, se distinguía entre derechos *genuinamente imposibles* y *derechos imposibilitados* o *falsamente imposibles*<sup>15</sup>. Finalmente, señalamos que el prestigioso profesor llega hasta el extremo de considerar que, “... *en un acto de sinceramiento constitucional... no cabría prometer en la Constitución, ni comprometerse en tratados internacionales, más de lo que el Estado pueda razonablemente cumplir...*”<sup>16</sup>.

VII) No obstante lo anterior, el llamado “*proceso de motorización*” de las Constituciones, ya no tenía vuelta atrás. Los DESC habían dejado de ser considerados meros anhelos o directivas políticas, para convertirse en derechos que le permitían a su titular movilizar los mecanismos estatales de control para obtener de un tercero una prestación a la que se encontraba obligado.

VIII) Sin embargo, las críticas continuaban y, en un interesantísimo trabajo, Fernando ATRIA, escribió que “... *no sólo la función jurisdiccional, sino las propias estructuras procesales, están pensadas en función de la idea de derecho subjetivo individual y, por tanto, no se adaptan a las cuestiones que podrían plantearse como DESC...*”<sup>17</sup>. Parecía, entonces, que el Derecho Procesal no estaba preparado para adaptarse a esta nueva realidad.

IX) En sentido contrario, CASTRO RIVERA expresa que “... *no forzosamente hemos de limitarnos al esquema del derecho subjetivo que construyó la teoría tradicional: un acreedor, un deudor, una prestación y acción judicial para exigirla...*”<sup>18</sup>. En consonancia con lo expresado por la profesora, consideramos que son las estructuras procesales –en virtud de la vocación de servicio de esta disciplina– las que deben adaptarse a las nuevas realidades socio-jurídicas, y no las nuevas realidades socio-jurídicas las que deben adaptarse a las estructuras procesales.

X) Es de recibo la doctrina que entiende que la intervención del Poder Judicial resulta imprescindible en esta materia, porque, como explica BAZÁN, “... *produce un doble efecto: directo, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos; e indirecto, pues como mutatis mutandis se ha acotado, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encaramarse como importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos... y no por medio de actividades de lobby...*”<sup>19</sup>.

XI) Finalmente, resaltamos que ABRAMOVICH y COURTIS –dos de los autores que más y mejor han estudiado este tema–, en cita de OCHS, señalan que “... *si bien los principales DESC han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los*

---

<sup>15</sup> Los primeros serían “... *aquellos para los cuales realmente no pueden proveerse de modo sensato y factible las partidas presupuestarias para satisfacerlos correctamente...*”. Mientras tanto, los segundos “... *aparecen si el Estado argumenta que no tiene dinero para atenderlos plenamente, cuando en verdad lo posee, pero lo ha destinado a otros objetivos espurios o de menor importancia...*”. IBÍDEM, p. 160.

<sup>16</sup> IBÍDEM, p. 172.

<sup>17</sup> ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, Versión Online. <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>

<sup>18</sup> Ob. Cit., pp. 167-168.

<sup>19</sup> BAZÁN, Víctor, “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos internos e interamericanos”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo 2, Año 11, 2005, p. 580.

*obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento... lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho... es la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un DESC como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida– el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye objeto de su derecho...’<sup>20</sup>.*

Explicado el sentido de la operatividad de los DESC, estudiaremos en las siguientes secciones algunos de los mecanismos jurisdiccionales a utilizarse para su protección.

## SECCIÓN II

### EL DERECHO PROCESAL ANTE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

#### 1. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Si hay algo que caracteriza a la época en que nos ha tocado vivir, eso es el dinamismo. En un abrir y cerrar de ojos se transforman diametralmente circunstancias que hasta hace no mucho tiempo atrás requerían el transcurso de un lapso prudencial para que ello aconteciera. La tecnología avanza a un paso demoledor, las comunicaciones son cada vez más veloces y esto ha sido causa directa de la instalación de una cultura del *ahora* y del *ya* en nuestras sociedades. Si bien al Derecho le es imposible acompañar la velocidad con la que evolucionan otras áreas del conocimiento humano –bajo riesgo de generar un caos legislativo procurando encontrarse siempre a la vanguardia creando instrumentos en consonancia con la concepción social reinante–, un intento de aproximación a esta celeridad podría contribuir a la construcción de una disciplina más efectiva<sup>21</sup>.

Los justiciables, generalmente, poco interés muestran en dominar los tecnicismos jurídicos. Cuando un enfermo de VIH acude a la Justicia para que el Estado le brinde los medicamentos necesarios para continuar su tratamiento, lo único que quiere es tenerlos en su poder rápidamente. Poco le importa la discusión –en torno a la cual gira la cuestión de la judicialización de los DESC– acerca de si el Poder Judicial está habilitado o no para intervenir en actividades típicamente administrativas, etc. Lo único que sabe es que, más allá de recursos, sentencias, medidas cautelares y demás, si el Tribunal no decide velozmente, él verá afectado su derecho a la salud y, probablemente, su derecho a la vida. Acostumbrado a la velocidad con la que se procesan los cambios en la sociedad, el ciudadano no puede concebir que el accionar de la Justicia de su país sea tan lento.

Pues bien: ese prejuicio del ciudadano latinoamericano medio en cuanto a la lentitud de los procesos, si bien no es enteramente cierto, tiene una cuota de verosimilitud. Arrancar el

---

<sup>20</sup> La cita es de la obra *“La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales”*, de Víctor ABRAMOVICH y Christian C. COURTIS, y se encuentra en OCHS, Daniel, *“Invocabilidad Judicial de los derechos económicos, sociales y culturales durante las emergencias”*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, N°5, 2005, Montevideo, p. 77.

<sup>21</sup> Dice TAM PÉREZ que “... las concepciones del proceso y su teoría general deben adaptarse a las nuevas necesidades sociales, producto de la masificación de la economía y la industria, de la globalización de la cultura y de la información que cada vez circula con mayor intensidad, cantidad y velocidad...”. TAM PÉREZ, José, “Apuntes sobre los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva”, en *“Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas”*, Universidad de Lima, 2008, Lima, p. 285.

problema de raíz resulta prácticamente imposible, precisamente por la ausencia de recursos que permitan la creación de más y mejores Tribunales. Sin embargo, esto no significa que nada pueda hacerse. Tutela judicial efectiva y acciones preventivas son dos conceptos que pueden colaborar en la tarea de paliar esta problemática. Claro que esto coloca sobre la mesa nuevamente el eterno dilema entre eficacia y garantías. No obstante ello, ciertos bienes jurídicos que revisten una jerarquía especial, merecen una protección procesal más ágil, acorde a los tiempos que vivimos.

Expresa BARBOSA MOREIRA, que *“... un autor norteamericano compara la construcción de un sistema de justicia a la de una ruta: cuanto mejor es la ruta, más aumenta el tráfico; pero con el aumento del tráfico se van fatalmente empeorando las condiciones de la ruta...”*<sup>22</sup>. A juzgar por lo sucedido con los procesos de amparo<sup>23</sup>, el estadounidense estaría en lo cierto. Como operadores del Derecho, nuestra función es evitar que se produzcan círculos viciosos que terminen desvirtuando las soluciones alcanzadas. Para lograrlo, debemos procurar un equilibrio en el que, sin sacrificar calidad de las rutas, logremos que las pretensiones transiten sin atascos por el instrumento procesal de que se trate.

En virtud de lo expuesto, entendemos que la importancia de la jurisdicción preventiva, se acrecienta considerablemente, ya que podría llegar a cumplir una función similar a la del amparo. Con mucha razón –y con la claridad meridiana que lo caracteriza– el multicitado profesor brasileño enseña que *“... la anticipación de la tutela tiene más de un punto en común con las medidas cautelares”*<sup>24</sup>*... sin embargo, lo que aquí más interesa es considerar la posible significación social de este instrumento jurídico. Claro está que, para el actor provisto de razón, el efecto de disminuir el tiempo de espera ya constituye, de por sí, un beneficio no despreciable. Pero, a mi juicio, ello no es suficiente, ni mucho menos. Deberíamos averiguar qué derechos vienen siendo in concreto asegurados por la anticipación de la tutela. Si descubriéramos que se trata predominantemente de créditos pecuniarios, tendríamos que llegar a la conclusión de que la ley no habría creado más que un instrumento de cobranza. La verdadera trascendencia social de la anticipación de la tutela hay que buscarla en otros casos, sobre todo en los relativos a derechos cuya satisfacción no soporta demora, como el derecho a la vida, a la salud...”*<sup>25</sup>. Y a continuación, explica que un uso socialmente relevante de este mecanismo se ha observado en aquellos casos en que se ha impuesto a la Administración Pública proveer inmediatamente a personas carentes determinados medicamentos. No obstante ello, advierte que debe evitarse caer en exageraciones como ordenar forzar los depósitos de los hospitales públicos para retirar artículos necesarios o detener a los funcionarios públicos que se opongan al cumplimiento de dichas resoluciones.

Cabe destacarse el artículo 273 del Código Procesal Civil del Brasil, el cual permite al juez, a petición de parte, anticipar total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud

---

<sup>22</sup> Ob. Cit., p. 347 El autor norteamericano a que hace referencia es NEELY, la obra *“Why courts don’t work”*, New York, 1983, citado por Mc Cormick, *“Canada’s Courts”*, Toronto, 1994, p. 44). *“... Building a court system is like building a road. The better the road, the more the traffic...”*.

<sup>23</sup> Luego de la aprobación de la Ley 16.011, se había desatado en el Uruguay una especie de “AMPARITIS”, que implicó que un buen número de litigantes intentaran hacer valer sus derechos por esta vía.

<sup>24</sup> *“... Una parte de la doctrina insiste en establecer una distinción basada en el hecho de que la misión de la tutela cautelar se cifra en aprestar medios para la consecución del resultado final, mas no pone al litigante en una situación equiparable a aquella que le proporcionaría el disfrute del derecho mismo. Es precisamente esto, en cambio, lo que le facilita, aunque a título provisorio, la anticipación de la tutela...”* Ob. Cit., p. 348.

<sup>25</sup> Ob. Cit., p. 349.

de la alegación. Para que esto sea posible, el juez deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) indicar, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento; b) no conceder la tutela anticipada cuando hubiere peligro de irreversibilidad de la situación ordenada. Además, se le concede al juez la posibilidad de modificar la decisión tomada en cualquier momento del proceso<sup>26</sup>.

Opinamos que las legislaciones procesales deberían preocuparse por crear normas claras que faciliten la tutela anticipada de los accionantes, cuando la pretensión judicializada involucre un DESC. Si se prevén estructuras livianas para el cobro de títulos ejecutivos, con mucha más razón deberían preverse instrumentos para que la judicatura se esmere en lograr una rápida realización de Derechos Fundamentales<sup>27</sup>.

## 2. EL PODER JUDICIAL Y LA TUTELA PREVENTIVA.

Sostiene PEYRANO que *“... la doctrina acuerda en considerar necesario construir un procedimiento autónomo en materia de acciones preventivas. Aunque tal necesidad se muestra particularmente acuciante cuando se trata del ejercicio de lo que denominamos “acción preventiva portadora de una tutela especial”. Es que ésta tiende a proteger de eventuales y futuras violaciones a derechos que hoy poseen una singular trascendencia...”*<sup>28</sup>. Creemos que los DESC ingresan dentro de esa categoría de derechos, ya que, al decir del argentino, *“... son derechos en principio no fungibles y malamente reemplazables por sustituciones pecuniarias...”*<sup>29</sup>.

Paulatinamente, acciones preventivas se han ido incorporando a las prácticas judiciales latinoamericanas, aún no estando ellas reguladas por el legislador. En la gran mayoría de los casos se trata de creaciones jurisprudenciales que la doctrina ha contribuido a mejorar. Es así que cada vez con mayor frecuencia nos encontramos con cláusulas previsoras y mandatos preventivos en el ejercicio de la profesión. Como veremos más adelante<sup>30</sup>, algunos autores entienden que el Tribunal hasta tiene la posibilidad de obligar a terceros a hacer o dejar de hacer alguna cosa, cuando en el curso del proceso hubiere tomado conocimiento de la probabilidad de que un daño ya producido vuelva a repetirse en el futuro<sup>31</sup>. Observamos, pues, que el concepto de juez en el siglo XXI, difiere de aquél que daba MONTESQUIEU. Ya no será solamente la boca de la ley. Por el contrario, el juez debe ser un protagonista principal de la vida moderna, que ejerza su función con responsabilidad social. No sólo a las empresas debe exigírseles prevenir problemas sociales antes que lamentarlos. En el punto 6 de esta sección, ahondaremos en este asunto, al analizar el llamado criterio consecuencialista.

El Poder Judicial, cada vez que tenga la oportunidad para ello, debe procurar evitar la producción de daños futuros. Su función no es la de un mero espectador pasivo de la

---

<sup>26</sup> Señala BARBOSA MOREIRA que *“... Se comprende bien esa disposición con solo que se piense en la hipótesis de cambiar, con la continuación del proceso, el panorama probatorio: lo que al comienzo parecía verdadero acaba por revelarse falso a la luz de nuevos elementos recogidos. Opinan muchos que no es razonable tomar siempre la prohibición al pie de la letra, porque a veces no es la anticipación, sino la omisión de anticipar los efectos de la tutela, la que produce una situación irreversible...Y cabe añadir que un anteproyecto de reforma del art. 273 pretende convertir en definitiva la providencia, si la otra parte no impugna la concesión...”*. Ob. Cit., p. 349.

<sup>27</sup> A excepción del proceso amparo, prácticamente no existen otros.

<sup>28</sup> PEYRANO, Jorge W., *“La acción preventiva”*, 1ª ed., LEXIS NEXIS, Buenos Aires, 2004, p. 70.

<sup>29</sup> IBÍDEM.

<sup>30</sup> Vid. Sección III, 2).

<sup>31</sup> Esto podrá realizarlo a través de los llamados “Mandatos Periféricos”, que, en palabras de PEYRANO, serían aquellos que *“... obligan a adoptar determinados comportamientos a sujetos que no son partes ni terceros...”*. IBÍDEM, p. 22.

realidad social. Por el contrario, debe involucrarse y plasmar en ella los derechos que la Constitución –aquella norma que debe guiar su accionar– consagra. El fracaso de instrumentos administrativos y legislativos sumados a la cultura de acceso a la justicia que impera en las sociedades modernas, han contribuido de modo trascendental a que el Poder Judicial se haya convertido en un espacio de prevención de violaciones a los DESC. Ese fracaso y esa cultura, son dos caras de una misma moneda, que explica el fenómeno de la judicialización; la población, en términos generales, confía más en la Justicia que en la Administración, no sólo como modo de efectivizar, sino también como modo de proteger sus DESC<sup>32</sup>.

En conclusión, compartimos la opinión del citado procesalista rosarino en cuanto a que “... la tutela judicial efectiva exige no sólo un juez activo, dotado de tutelas diferenciadas (urgentes y especiales) que le posibiliten prestar un servicio de justicia adecuado a las circunstancias, sino también un juez “profiláctico”, más preocupado por prevenir entuertos que por “desfacerlos”...”<sup>33</sup>.

### 3. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA.

En materia de protección de los Derechos Fundamentales, resulta necesario resaltar la relevancia del Derecho Procesal Constitucional. Como hemos visto, la doctrina clásica definía a los DESC como aquellos que ponían a cargo del Estado obligaciones prestacionales, a los efectos de crear las condiciones necesarias para que el ser humano pudiera desarrollarse en su plenitud. Sucede que muchas veces, los parlamentos difieren la reglamentación de estos derechos por lapsos prolongados. Y, hasta el día de hoy, en algunos países no existen mecanismos jurídicos para constreñir a los órganos legislativos al cumplimiento de sus obligaciones<sup>34</sup>. Para evitar situaciones como la descrita, es que se creó la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa. Explica SAGÜES que esta doctrina “... auspicia que los magistrados cubran el silencio legislativo inconstitucional (cuando el Congreso no dicta la legislación reglamentaria de la Constitución), siempre que hubiere transcurrido un tiempo de mora inexcusable, haya directriz constitucional clara y pueda el Poder Judicial cubrir el vacío lagunoso traduciendo en hechos a la regla constitucional congelada por el ocio del legislador...”<sup>35</sup>. Creemos que se trata de un instrumento original de

---

<sup>32</sup> Explica PEYRANO que “... algunos autores han sostenido que en estos casos parecería más propio formular un reclamo administrativo ante las autoridades de aplicación antes que reconocerle a los jueces una suerte de poder cautelar preventivo de bienes y personas. Les hemos preguntado a quienes nos formulan tal observación si no saben de la inveterada morosidad y “falta de reflejos” de las autoridades administrativas para aventar situaciones de peligro... ¿Debe, acaso, compelerse a un juez consciente de que puede evitar nuevas pérdidas humanas a cerrar los ojos ante tal posibilidad; limitándolo, a lo sumo, a cursar una nota protocolar, (que casi siempre se perderá en algún laberinto burocrático) a alguna autoridad administrativa generalmente poco afecta a recibir sugerencias de quienes no sean sus propios superiores?...”. IBÍDEM, p. 28.

<sup>33</sup> IBÍDEM, p. 40. En otra parte de la obra, agrega que “... la calidad intrínseca de los derechos fundamentales que requieren ser protegidos mediante las acciones preventivas portadoras de tutelas especiales no se aviene a rigideces formales. En cualquier supuesto lo que interesa es satisfacer el “resultado práctico” adecuado a lo perseguido por el accionante y a las circunstancias del caso...”, p. 87.

<sup>34</sup> En muchos Estados esto solamente es posible gracias a protestas encuadradas en el derecho a la libertad de expresión o a solicitudes canalizadas a través del derecho de petición.

<sup>35</sup> Ob. Cit., pp. 165-166. Mientras tanto, CABRERA ROMERO expresa que “... el presupuesto de hecho necesario será la abstención, inercia o inactividad del órgano legislativo, en cumplir, dentro de un plazo razonable, o dentro de un plazo predeterminado, una obligación o encargo concreto a él atribuido por la norma fundamental, de manera que se imposibilite la ejecución de las disposiciones o garantías contenidas en ella... La ausencia de desarrollo del precepto constitucional que, por ello, se haya hecho ineficaz al estar impedida su aplicación, podrá ser parcial o total, produciéndose, en el primer caso, una infracción de la garantía de trato igualitario y no discriminatorio...”. <http://www.tecnojuris.com/venezuela/jurisprudencia/constitucional/accion-de-inconstitucionalidad-por-omision.html>. Consultada el 15 de junio de 2008.

gran utilidad práctica. A nivel latinoamericano, son varios los países que, directa o indirectamente, han recogido esta acción<sup>36</sup>.

#### 4. MODIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN Y “SOCIALIZACIÓN” DEL PROCESO.

Durante los últimos años, hemos asistido a un fenómeno que VÉSCOVI ha denominado “socialización del proceso”<sup>37</sup>. El legislador ha optado por brindarle un tratamiento privilegiado a determinadas pretensiones de carácter social. En ese sentido, se ha afirmado “... que al órgano judicial no debe serle indiferente el resultado del proceso. El juez, consciente de su misión, que es la de impartir justicia, necesariamente quiere que salga vencedor el litigante que tiene mejor derecho, no el que tiene más recursos o mejor abogado...”<sup>38</sup>. En consecuencia, encontramos normas como el art. 350.3 del CGP uruguayo, el cual permite que cuando estemos ante pretensiones laborales<sup>39</sup> o “de carácter social”, sea posible modificar la pretensión en la audiencia preliminar, cuando resulte evidente que por carencias de información o asesoramiento, la parte no esté al tanto de que determinado derecho le asiste. Inclusive se admite que el tribunal disponga de todos sus poderes de instrucción para proteger a la parte que deja de reclamar algo que jurídicamente le correspondía. El límite de esta facultad otorgada a la actora y al tribunal es dado por los principios del debido proceso y del contradictorio, en el sentido de que debe brindarse a la demandada la oportunidad procesal para contestar adecuadamente las nuevas cuestiones.

#### 5. TUTELA ESPECIAL DE LA ACTIVIDAD SINDICAL: EL CASO URUGUAYO.

Durante los últimos años, se produjo en el Uruguay un revuelo social que tuvo como resultado un notorio fortalecimiento del movimiento gremial que, en materia de Derecho, se vio reflejado en la aprobación de normas relativas a la protección de la libertad sindical.

La ley 17.940 persigue garantizarle al trabajador el libre ejercicio de sus libertades sindicales. Explica LABAT que “... para defender estos derechos, se utilizarán dos mecanismos de protección: uno sustancial, declarando la nulidad absoluta de los actos antisindicales que perjudiquen al trabajador; y otro instrumental o formal, estableciendo las diferentes vías para la eliminación real de los efectos jurídicos de esos actos y la restitución

---

<sup>36</sup> Así, la Constitución Federal de Brasil de 1988 la incluye en el artículo 103 n° 2. Mientras tanto, en Colombia, DÍAZ GAMBOA ha abogado por el reconocimiento de la figura como factor garantista de los Derechos Humanos, criterio que compartimos para nuestro país. En el mismo sentido, la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (n° 7135) en los apartados a) y b) del art. 73, establecen que cabrá la acción de inconstitucionalidad contra las leyes que, por acción u omisión, infrinjan alguna norma o principio constitucional.

<sup>37</sup> VÉSCOVI, Enrique, “El servicio de Justicia y su modernización en el Derecho Comparado en Iberoamérica y en Uruguay”, en Revista de Técnica Forense N° 4, ITF/FCU, 1994, Montevideo, p. 60.

<sup>38</sup> BARBOSA MOREIRA, Ob. Cit., p. 350.

<sup>39</sup> A continuación transcribimos un interesante aporte de ALLOCATI sobre el punto que tratamos, que se vincula también con la crisis del principio de congruencia: “... Hemos dicho que las normas del derecho del trabajo son, en principio, de orden público y de ello emana su carácter de forzosas, imperativas e irrenunciables. Por consiguiente, el juez no debe estar constreñido, como ocurre, en principio, en el proceso civil, a sentenciar conforme a las cifras del reclamo –intra petita–, sino que cabe autorizarlo a condenar al empleador acordando al trabajador mayores sumas que las reclamadas, ajustándose a las disposiciones legales aplicables –ultra petita–. Así, por ejemplo, si en la demanda de indemnización de accidentes de trabajo, dentro del régimen de la ley argentina 9688, el trabajador formula su pedido denunciando un salario inferior al percibido y estimando su incapacidad en menor grado del que realmente está afectado, cuando de las pruebas producidas resultan acreditadas esas circunstancias, el juez concederá la indemnización de acuerdo al mayor salario y a la superior incapacidad. La facultad concilia con la naturaleza de los derechos protegidos...”, ALLOCATI, Amadeo, “Tratado de Derecho del Trabajo”, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 1972, p. 59. Aclaremos que, si bien los jueces laborales argentinos pueden dictar pronunciamientos ultra petita, no pueden dictar sentencias extra petita.

de las cosas al estado inmediato anterior a su realización...<sup>40</sup>. La norma en cuestión tiene por finalidad lograr la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo, en caso de que haya sido despedido; o la reposición del estado de cosas anterior para la hipótesis de ejercicio del IUS VARIANDI con finalidad discriminatoria o persecutoria.

En lo que respecta a la legitimación activa, ella corresponderá al trabajador actuando conjuntamente con su organización sindical; la norma preceptúa la formación de un litisconsorcio activo necesario compuesto por dos sujetos: el trabajador y su sindicato. En cuanto a la legitimación pasiva, necesariamente va a ser el empleador, sea persona física o jurídica, pública o privada a quien se imputa la responsabilidad por la realización del acto dañoso. La peculiaridad de esta figura la encontramos en que se trata de una estructura procesal a la que se le aplicarán el procedimiento y los plazos establecidos para la acción de amparo. Observamos, entonces, que para defender un DESC concreto (libertad sindical) se establece un mecanismo de protección especial similar al proceso de amparo.

En caso de acoger la sentencia la pretensión del trabajador, se dispondrá la efectiva reinstalación o reposición del despedido o discriminado. Se generará, además, a favor del actor ganancioso, el derecho a percibir la totalidad de los jornales que le hubieren correspondido durante el período que insuma el proceso de reinstalación y hasta que la resolución se efectivice. En suma, si el trabajador fue despedido por motivos sindicales, éste, conjuntamente con su gremio, podrán reclamar el reintegro efectivo a la empresa, considerándose nulo el despido realizado por el empleador.

Un análisis crítico de este nuevo instituto indica que, desde el punto de vista teórico, se trata de un nuevo paso en el camino hacia una protección integral de los DESC. Sin embargo, por más que dicha norma resulte sumamente beneficiosa y garantista en la teoría, es menester reconocer el escaso pragmatismo de la misma, el cual se ha visto reflejado en el hecho de que desde su aprobación, se ha aplicado en muy pocas ocasiones. La razón: los trabajadores prefieren la indemnización por despido abusivo a la reincorporación al lugar de trabajo, ya que, en caso de que eso suceda, es claro que la relación laboral no será la misma. Probablemente, concurrir a trabajar se convierta en un martirio para el trabajador reincorporado –dada la persistencia de la mala relación con el empleador– que en muchos casos determinará que él mismo opte por renunciar.

## 6. CRITERIOS ORIENTADORES DE LA DECISIÓN JUDICIAL.

Al comienzo de este estudio nos encargamos de resaltar el espíritu teórico-práctico del mismo. Es así que en este punto sistematizaremos algunos de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que han sido –y/o deberían ser– utilizados por los tribunales a la hora de la resolución de casos concretos.

**A) Criterio del control consecuencialista.** El juez debe contemplar la sentencia en su sentido teleológico. Al momento de tomar su decisión, deberá estudiar el asunto globalmente, considerando, no sólo las consecuencias que la sentencia tendrá para el caso concreto, sino también las derivaciones jurídicas, económicas y sociales que la misma puede tener hacia el futuro. Una serie de fallos dictados sin una adecuada meditación, pueden conducirnos a una

---

<sup>40</sup> LABAT, Santiago, “Procesos regulados por la ley 17.940 de protección de la actividad sindical”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 3, 2005, pp. 543-552.

caricaturización de la tarea de la Justicia. No debemos olvidar que la limitación de los recursos constituye el límite fáctico a la efectivización de los DESC<sup>41</sup>.

Una resolución judicial tomada sin cautela y apresuradamente puede llegar a producir desestabilizaciones institucionales de importancia, en el entendido que el Estado puede terminar siendo obligado a cumplir algo para lo que no está materialmente preparado. Y lo que es peor, el accionante se convertiría en poseedor de una sentencia de nula eficacia práctica. En casos como estos, antes de dictar sentencia, resulta necesario que el tribunal se dé un baño de pragmatismo y realidad. Pretender hacer valer los DESC a rajatabla podría conducirnos a que pretensiones acogidas por los tribunales sean imposibles de cumplir en la práctica.

**B) Criterio de los mínimos y los máximos.** Se lo conoce también como criterio de *reserva de lo posible*. Enseña DEL CARRIL que *“... estos extremos marcarán el contenido de los derechos. El mínimo, por su parte, identificará aquello “por debajo” del cual el derecho en cuestión pierde su sentido y resulta negado o destruido... el máximo, en rigor nunca será alcanzado... La correcta delimitación de este mínimo y este máximo representa uno de los parámetros que permiten establecer claramente pautas para la posibilidad del juzgamiento de los derechos... Cuando el individuo exige que se preserve su derecho, su pretensión será atendible (tendrá receptabilidad judicial); cuando lo que pretenda es que se lo amplíe más allá, su reclamo será prima facie impertinente, y deberá hacerse compatible y coordinarse con las pretensiones de los demás miembros de la comunidad...”*<sup>42</sup>.

Siguiendo esta línea, la Corte Constitucional Federal de Alemania ha resuelto casos sosteniendo que la prestación reclamada debe corresponderse con lo que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad, de manera que, aún cuando el Estado disponga de los recursos, no podría exigírsele lo que estuviera fuera de los límites de lo razonable. Suele destacarse el fallo en que el antedicho organismo jurisdiccional se pronunció por la no creación de nuevos cupos para la carrera de Medicina en una universidad pública<sup>43</sup>.

**C) Criterio de la compensación tributaria.** Consiste en permitirle al tribunal ordenar a una entidad pública (p.ej.: hospitales) ejecutar una determinada prestación (p.ej.: tratamientos en unidades de terapia intensiva), autorizándola a compensar los gastos efectuados en la operación con recursos provenientes de lo vertido al erario público por el reclamante (específicamente) por concepto de tributos<sup>44</sup>.

**D) Criterio de la adecuación del gasto.** Si bien es indudable que, como expresa SAGÜES, *“... consentir que centenas o miles de jueces (que no son expertos en economía ni en contabilidad pública) puedan retocar cotidianamente el presupuesto oficial no es una buena muestra de orden financiero ni de equilibrio fiscal o administración de la hacienda pública...”*<sup>45</sup>, en casos en que determinados gastos efectuados por la administración sean manifiestamente *inadecuados* (p.ej.: compra de butacas de lujo por parte de instituciones

---

<sup>41</sup> *“... El proceso debe ser útil, en el sentido de que no se reflejará únicamente en una hoja de papel a modo de declaración académica sin resonancias prácticas en la vida y patrimonio de los justiciables...”*. PEYRANO, Ob. Cit., p. 39.

<sup>42</sup> DEL CARRIL, Enrique, *“Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”*, en Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 8, 2007, Piura, pp. 240-241.

<sup>43</sup> MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, Ana Cristina, *“O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais”*, Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), Año XI, N° 37, 2007, Brasília, p.19.

<sup>44</sup> Sobre el punto, el juez federal brasileño GEORGE MARMELESTEIN LIMA –en la Acción Civil Pública n° 2003.81.00.009206-7– efectúa un interesante análisis.

<sup>45</sup> SAGÜES, Ob. Cit., p. 172.

educativas públicas en las que los techos de las aulas se encuentran en condiciones deplorables) o *ilegítimos* (p.ej.: excesos en gastos previstos para combustibles por parte de una institución de salud que dice no encontrarse en condiciones de proveer medicamentos a enfermos de VIH), las correcciones serían admisibles. Es necesario aclarar que este criterio debe ceñirse al caso concreto. De lo contrario, no se respetaría debidamente el principio de separación de poderes<sup>46</sup>.

En casos más complejos, podría llegarse a admitir como medio de prueba de la inadecuación o ilegitimidad del gasto, informes librados por profesionales o estudios jurídico-contables especializados en el tema. Los mismos podrían ser propuestos por las partes o por el tribunal en uso de su iniciativa probatoria. En el primer caso, el costo de los mismos quedará, obviamente, a cargo de la parte que lo presente. Mientras tanto, cuando sea el juez quien lo solicite, a los efectos de determinar quién debe correr con los gastos del informe, se propone el establecimiento de un sistema de *responsabilidad procesal objetiva*, así, quien resulte perdidoso, será quien deba pagar.

### SECCIÓN III

## EL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

### 1. SOBRE LA COMPATIBILIDAD DE LOS PROCESOS EN DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

En honor a la honestidad intelectual, debemos confesar que, originalmente, no pensamos en tratar en este trabajo el tema de los *intereses difusos*. Esto debido a que en los procesos promovidos en defensa de los mismos, generalmente se discuten cuestiones relacionadas con la tercera generación de Derechos Humanos (la de los llamados "*derechos difusos*", es decir, aquellos respecto de los cuales no resulta claro quiénes son los titulares ni los destinatarios; p.ej.: protección del medio ambiente, derechos del consumidor, conservación del patrimonio histórico, cultural, etc.) y sólo colateralmente versan sobre derechos

---

<sup>46</sup> En interesante artículo, VAN ROMPAEY comentando un caso que involucró al Instituto Nacional del Adolescente Uruguayo (INAU), explica que "... sostiene el Tribunal que debe considerarse que no parece ajustado a derecho que por la vía excepcional y sumaria del amparo el Poder Judicial se sustituya a la Administración en el ejercicio de sus funciones para las cuales es legítimamente competente, invadiendo áreas de política de salud, técnico-médicas y asistenciales, con opciones de conveniencia y utilidad propias del gobierno de la salud, cuando no se advierte en la conducta estatal clara omisión que pueda motivar tan drástica sustitución y, por el contrario se aprecia que ello podría acarrear consecuencias perjudiciales para el interés general o para los derechos de otras personas, por más compasión que puedan suscitar planteos como el de los actores, que quizás fuese más fácil atender que rechazar; pues lo que se estima que corresponde es acudir a la solución de justicia que resulte de la aplicación del derecho, como garantía objetiva de protección de todos los intereses involucrados en un caso concreto...". Y más adelante, agrega: "... Aún cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias, pueden ponerse en directo coloquio con ella y escuchar sus sugerencias, pueden traducirlas, día a día, a la realidad de las relaciones humanas. Esto no quiere decir desobediencia al principio de legalidad: inspirarse con la Constitución para introducir en las viejas fórmulas un espíritu nuevo he ahí precisamente el verdadero legalismo democrático en que debe jactarse la magistratura, autónoma y libre de inspirarse valerosamente... La clave última de los límites del control de constitucionalidad está en el el self restraint, prudencia o sentido común de los intérpretes que lo tengan asignado. Es que por más esfuerzo que se haga para controlar a los controladores, éstos habitualmente contarán con márgenes amplios para cumplir su función y por ende los riesgos del desborde estarían siempre presentes. Uno de los controles auspiciables es el que corresponde ejercer al mundo científico-académico, y también a la crítica de la prensa, pues éstos tienen autoridad y libertad como para ir señalando los excesos y la ausencia del self restraint o autocontrol... Precisamente, la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, pero también la conciencia del riesgo antidemocrático a que puede conducir un activismo judicial desbocado, tal vez explique la gran atención que en las últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales...". VAN ROMPAEY, Leslie, "El rol del Juez en la Sociedad Moderna", en Revista de Derecho Público N° 34, FCU, 2008, Mon tevideo, pp. 21-23.

pertenecientes a las restantes generaciones (p.ej.: repercusiones que la contaminación tiene sobre el derecho a la vida o el derecho a la salud). En consecuencia, que nuestra decisión inicial haya sido esa, no debiera resultar llamativo, ya que no otro es el destino al que nos conduce una primera exploración superficial de este asunto. Sin embargo, si bien es cierto que sólo infrecuentemente nos encontramos ante procesos colectivos que tengan por objeto la protección de un DESC, hemos de explicar por qué creemos que, aunque de modo excepcional, es factible que esto ocurra<sup>47</sup>, más aún tomando en consideración al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Comenzaremos por señalar que el Capítulo I de dicho cuerpo normativo, conceptualiza los intereses que pretende tutelar. Expresa el artículo 1° que *“la acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de: I) Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; II) Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”*.

## **2. INTERESES DIFUSOS, INTERESES COLECTIVOS E INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS<sup>48</sup>.**

Señala RAMÍREZ JIMÉNEZ que *“... el Código propugna una clasificación tripartita de los derechos colectivos: los supraindividuales, que se subdividen en difusos y colectivos propiamente dichos –ambos de naturaleza claramente impersonal–, y los denominados individuales homogéneos. Los criterios que se utilizan para distinguirlos son igualmente tres: el subjetivo, con referencia a la titularidad del derecho material; el objetivo, atendiendo a la divisibilidad de ese derecho; y el origen común del referido derecho material...”*<sup>49</sup>.

Por su parte, explica la doctrina procesal uruguaya que los intereses difusos son aquellos *“... intereses fragmentarios o supraindividuales, que aparecen comprometidos en la dinámica de nuestra sociedad moderna... difusos son aquellos intereses que se basan sobre datos de*

---

<sup>47</sup> Tan infrecuentes son los procesos en defensa de intereses difusos que tengan por objeto la protección de un DESC, que hasta en la exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica puede leerse que *“... la teoría de las libertades políticas públicas forjó una nueva “generación” de derechos fundamentales. A los derechos clásicos de primera generación, representados por las tradicionales libertades negativas, propias del Estado liberal, con el correspondiente deber de abstención por parte del Poder Público; a los derechos de segunda generación, de carácter económico-social, compuestos por libertades positivas, con el correlativo deber del Estado a un dar, hacer o prestar, la teoría constitucional agregó una tercera generación de derechos fundamentales, representados por los derechos de solidaridad, resultantes de los referidos intereses sociales. Y, a medida que el Derecho Constitucional reconoce a esos intereses la naturaleza jurídica de derechos, no se justifica ya la clásica discusión en torno de que esas situaciones de ventaja configuren intereses o derechos...”*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N° 9, 2006, p. 252. Observamos aquí, claramente, que se hace referencia a los DESC simplemente para señalar la forma en que evolucionaron los Derechos Humanos, y no porque se considere que ellos puedan protegerse a través de procesos colectivos. Esto confirma lo que dijéramos en las líneas de arriba: parece no advertirse que los procesos en defensa de intereses difusos no solamente son de utilidad para la protección de derechos difusos, sino que también lo son para la protección de DESC. Como veremos más adelante, opinamos que los conceptos de interés difuso y derecho difuso no son iguales.

<sup>48</sup> Señala TAM PÉREZ que la distinción entre intereses colectivos e intereses difusos *“... ha sido superada mediante un concepto que involucra a “ambos” tipos de intereses, teniendo en consideración su similar naturaleza (protección de intereses colectivos que involucran a una pluralidad de personas) y su problemática particular: los mecanismos de una efectiva protección para una tutela adecuada. En tal sentido, se configuró el concepto de derechos o intereses supraindividuales, más acorde con lo descrito con anterioridad. Ante ello es necesario enfrentar la siguiente interrogante: ¿cómo se tutelan los intereses supraindividuales? Según la doctrina, existen distintos mecanismos procesales que permiten dicho objetivo, los cuales se pueden englobar en la idea de acción o pretensión colectiva...”*. Ob. Cit., p. 288.

<sup>49</sup> RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, *“El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica”*, en *“Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas”*, Universidad de Lima, 2008, Lima, p. 269.

hecho genéricos y contingentes, accidentales y mutables, como ser, habitar una misma región, consumir iguales productos, **vivir determinadas circunstancias socioeconómicas...**” (Énfasis agregado)<sup>50</sup>. Mientras tanto, en Derecho Positivo Brasileño, el art. 18 de la ley 8078 los define como “*aquellos intereses **transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho***”.

Ahora bien, ¿coincide el concepto de *derechos difusos* –esto es, Derechos Humanos de tercera generación– con el de *intereses difusos*? Un primer examen de la pregunta nos dirige a contestarla afirmativamente. Sin embargo, creemos que existe entre estas dos nociones una diferencia casi imperceptible que, si bien no ha sido tomada en cuenta por la doctrina hasta ahora, en nuestra opinión, debería serlo. Consideramos que el concepto de *intereses difusos* resulta más amplio –y en consecuencia abarcativo– del concepto de *derechos difusos*. En otras palabras, los *derechos difusos* serían una especie del género *intereses difusos*. Esta interpretación nos permitiría armonizar de mejor manera dos conceptos que –si bien uno de sus términos se pronuncia de modo idéntico– presentan características diferentes. Asimismo, estaríamos dejando espacio para que, dentro del concepto de *interés difuso*, ingresaran otras situaciones jurídicas que, con los criterios clásicos, difícilmente podrían hacerlo. Independientemente de ello, creemos que si se consideran intereses difusos los vinculados a *valores espirituales o culturales*, con mucha mayor razón deberían tener la posibilidad de ingresar dentro de esta categoría –si ello les otorga mayores posibilidades de resguardo– los vinculados a la protección de los DESC de grupos indeterminados de personas. Este razonamiento nos conduce a reafirmar que los *procesos promovidos en defensa de intereses difusos no estarían limitados a que en ellos solamente se pudieran hacer valer derechos difusos*. En las próximas líneas, procuraremos determinar si ello es posible en la totalidad de los casos o si, contrariamente, solo puede darse en algunos de ellos. Y, avanzando un paso más, discutiremos acerca de si es óptima o no la conceptualización de estos intereses como *intereses difusos*.

En otro orden, los intereses colectivos serían aquellos que pertenecen a un grupo determinado de personas. A tenor de la antedicha norma brasileña, “*son los intereses **transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea sujeto un grupo o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base***”. Pues bien, como apuntan los prestigiosos procesalistas uruguayos, “... *la titularidad de los intereses difusos pertenece a un grupo indeterminado de personas unidas por elementos de hecho contingentes, y ese es el elemento que los diferencia de los colectivos, dado que en ambos tipos de intereses el objeto es indivisible...*”<sup>51</sup>.

Dice RAMÍREZ JIMÉNEZ que “... *la categoría de derechos difusos comprende a los derechos esencialmente colectivos, cuya caracterización está referida a un número indeterminado e indeterminable de titulares, a la naturaleza indivisible e indisponible del bien jurídico afectado y a la conexión fáctica generada por el daño materia de la pretensión colectiva. En los colectivos propiamente dichos, el derecho pertenece a un número indeterminado, pero determinable de personas, entre los que existe una relación jurídica base que los vincula, sea entre ellos o con la parte contraria, relación que por definición debe*

---

<sup>50</sup> VÉSCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, LANDEIRA, Raquel, SIMÓN, Luis María, PEREIRA CAMPOS, Santiago, “Código General Del Proceso - Comentado, Anotado y Concordado”, Editorial Ábaco, T. 2, 1993, Montevideo, p. 74.

<sup>51</sup> IBÍDEM, pp. 74-75.

*ser anterior al daño. El bien jurídico tutelado es relativamente indivisible, pues los miembros de la colectividad pueden ser identificables...*<sup>52</sup>.

Finalmente, señala el autor que “... los intereses individuales homogéneos hacen referencia a derechos subjetivos ontológicamente individuales y a la divisibilidad del bien jurídico entre la comunidad de afectados, pero que se tratan colectivamente porque tienen por origen común la conducta de la parte contraria; precisamente la homogeneidad está definida por dicho origen común...”<sup>53</sup>. Agrega TAM PÉREZ que “... los intereses o derechos individuales homogéneos no tienen las características de los derechos colectivos, y como categoría “híbrida”... pertenecen a un grupo de personas perfectamente individualizadas, en que... prima el interés individual: la única ligazón del grupo es el común origen de sus individuales pretensiones... Por eso se dice que se trata de “derechos accidentalmente colectivos”, a diferencia de los derechos difusos y colectivos, que son esencialmente colectivos e indivisibles...”<sup>54</sup>.

Sobre el punto, resulta sumamente interesante el siguiente caso, el cual fue planteado ante el Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 1° Turno de la República Oriental del Uruguay. Resultó ser que dos abogados, invocando su carácter de defensores de los Derechos Humanos y en ejercicio de una representación de intereses difusos, dedujeron acción de amparo contra el Ministerio del Interior, expresando que promovían la misma para que se protegieran los Derechos Humanos de las personas que estuvieran, o que en un futuro fueran a estar, en centros de reclusión del país, como consecuencia de su sometimiento a la Justicia Penal. Fundándose en un informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tortura, sostenían que se configuraban hechos y omisiones estatales que lesionaban o amenazaban derechos reconocidos en la Constitución. Se afirmaba que la superpoblación carcelaria y el hacinamiento en que vivían –y viven– los presos, eran causas directas de que tanto el acceso a los servicios esenciales como a la atención de la salud fueran totalmente insuficientes. Asimismo, entendían los actores que al no existir condiciones decorosas y dignas de alojamiento, se conculcaban flagrantemente los derechos a la reeducación y reinserción social de los reclusos. Alegaban que la inexistencia de programas de acceso al trabajo o a la educación, la inadecuada administración carcelaria donde condenados y penados, primarios y reincidentes convivían sin un criterio conveniente de distribución, no podía ser tolerada indefinidamente por la Justicia, permaneciendo en la indiferencia.

Al contestar la demanda, en lo estrictamente procesal, el Estado expresó que los actores carecían de legitimación en la causa, en virtud de que no se daban los requisitos previstos por el artículo 42 del CGP<sup>55</sup> para que resultara admisible la demanda en representación de intereses difusos. Dicha norma –que por otra parte es una copia textual del artículo 53 del Código Procesal Civil Modelo<sup>56</sup>– habilita a cualquier interesado a promover un proceso en

---

<sup>52</sup> IBÍDEM, p. 269.

<sup>53</sup> IBÍDEM, p. 269.

<sup>54</sup> TAM PÉREZ, Ob. Cit., pp. 292-293.

<sup>55</sup> Art. 42 CGP. Representación en caso de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

<sup>56</sup> Art. 53 Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Representación en casos de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio

defensa de intereses difusos. Sin embargo, sostenía la demandada que no se trataba de un interés que afectara a un número indeterminado de personas, sino de un derecho o interés colectivo o de incidencia colectiva, perteneciente a las personas reclusas en el sistema penitenciario. En función de esto, argüía que en protección de los derechos de dichas personas existían normas y sujetos legitimados, que no eran los actores.

Por Sentencia N° 41/2009 de 08 de junio de 2009, la Jueza María Cristina CABRERA acogió parcialmente la demanda, disponiendo, entre otras cosas, la eliminación como centro de reclusión de los módulos metálicos del Penal de máxima seguridad de nuestro país –el que, vaya paradoja, se denomina “Libertad”–, cuyo estado era realmente desastroso. Sin lugar a dudas, estamos ante un fallo histórico desde todo punto de vista. Sin embargo, no ingresaremos en valoraciones políticas del mismo. Simplemente nos ceñiremos rigurosamente a sus aristas procesales.

En relación con la legitimación de los accionantes, la doctrina es unánime en cuanto a que rigen las mismas normas para el caso que nos encontremos ante un interés colectivo que para el caso que nos encontremos ante un interés difuso. En consecuencia, la decisora no hizo lugar a las defensas interpuestas por la demandada, y estimó aplicable las reglas de representación de intereses difusos invocadas por los actores. Fundó su pronunciamiento en el art. 42 del CGP y en la acepción amplia que sobre dicho instituto plantea VÉSCOVI, la cual ya fuera analizada por nosotros algunos párrafos atrás. Dice la Jueza: “... *en la actualidad existe un colectivo identificable, formado por todos los reclusos alojados en las cárceles del país, como argumenta la parte demandada. No obstante, los actores demandaron por los derechos de dicha población carcelaria y de todos quienes a diario ingresan e ingresarán en el futuro y que, en las actuales condiciones de los establecimientos en los que se aloja a la mayoría de los presos, verán indefectiblemente vulnerados sus derechos constitucionales...* Por consiguiente, los accionantes han ejercido legítimamente la defensa instaurada” (el destacado es nuestro)<sup>57</sup>.

En función de lo expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones: a) Los derechos que los abogados defensores intentaban defender eran, principalmente, el derecho a la salud, el derecho a la educación y sus derivados –a la reinserción social y a la reeducación– y el derecho al trabajo. Como vemos, se trata de típicos ejemplos de DESC; b) Esto confirmaría que *sería posible incoar procesos en defensa de intereses difusos que tuvieran por objeto la protección de un DESC*<sup>58</sup>; c) No obstante, dicha acción no procedería en cualquier hipótesis: solamente sería viable canalizar estas pretensiones a través de procesos en defensa de intereses difusos cuando, además de reclamarse por violaciones actuales a estos Derechos Humanos, se reclamara también por potenciales violaciones futuras. De lo contrario –y de acuerdo a los criterios clásicos–, lo que habría sería un interés colectivo; d) Sin embargo, creemos que en el caso no estamos ni ante un interés difuso ni ante un interés colectivo, sino que, por el contrario, estamos ante un interés individual homogéneo.

En los próximos numerales, intentaremos conceptualizar el caso de acuerdo a las disposiciones del Código Modelo de Procesos Colectivos y lo vincularemos con aspectos relativos a la tutela preventiva de derechos y a la crisis del principio de congruencia.

---

Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

<sup>57</sup> Aclaremos que la sentencia no ha sido publicada aún, y que hemos accedido a ella gracias a la colaboración de un periodista del Diario “EL PAÍS”.

<sup>58</sup> ¿Y por qué no la de un derecho civil o político?

### 3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL CASO DE ACUERDO A LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

Como hemos dicho, creemos que en el caso no estamos ni ante un interés difuso, ni ante un interés colectivo, sino que, por el contrario, estamos ante un interés individual homogéneo. Veamos por qué:

I) Ellos hacen referencia a derechos subjetivos ontológicamente individuales, y los DESC, pueden perfectamente ser catalogados como tales.

II) Las pretensiones que sobre ellos versen deben tratarse colectivamente porque tienen por origen común la conducta de la demandada (en el caso, las omisiones de las autoridades del Ministerio del Interior que implicó la violación de alguno de sus DESC). En consecuencia, lo que prima es el interés individual, no estamos ante derechos colectivos en esencia<sup>59</sup>.

III) La única vinculación existente entre los miembros del grupo es el común origen de sus pretensiones, el cual no es otro. Vimos que en Derecho Brasileño los intereses difusos son “*aquellos intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho*”. Pues bien, lo dicho nos lleva forzosamente a concluir las siguientes tres cosas: a) entre los reclusos presentes hay vínculos fácticos y jurídicos, por lo que se configuraría el interés colectivo; b) entre los reclusos actuales y los que en el futuro ingresarán, no hay vínculo jurídico de ningún tipo, ni siquiera una relación jurídica base que sirviera como puntal suficiente para suponerlo; no obstante, el vínculo jurídico es inminente a corto plazo, así como también la persistencia del daño; c) el operador jurídico deberá procurar en el caso concreto, el vínculo fáctico existente entre reclusos presentes y futuros. Admitimos que el tema de si se encuentran vinculados por circunstancias de hecho, podría llegar a admitir dos lecturas. La relevancia práctica de este punto radica en que de no haber vínculo fáctico, no se configuraría el interés difuso.

IV) VÉSCOVI y sus colaboradores explican que “... *la doctrina más recibida considera que quienes componen el interés difuso, se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión de la entera comunidad...*”<sup>60</sup>. Sin embargo, cuando estamos ante intereses individuales homogéneos compuestos por la sumatoria de derechos presentes y futuros, su naturaleza indivisible es cuestionable. La lesión sufrida por uno de los interesados no necesariamente implicará que otro la sufra posteriormente. Así, anomalías en el dictado regular de determinados cursos pueden afectar a un cierto grupo de estudiantes, pero no necesariamente afectarán de modo directo a quienes adquieran la calidad de tales en un futuro. Aunque potencialmente sí lo harán. De igual modo, esta vez considerando el caso de los reclusos, la satisfacción del interés de uno, no necesariamente constituirá la de todos (p.ej.: por falta de recursos, podría aplicársele solamente a un grupo de ellos un régimen de redención de pena por trabajo o estudio; así, habría una satisfacción parcial del interés, ya que quienes quedaran por fuera de estos programas continuarían viendo vulnerados sus derechos). Pues bien: estas

<sup>59</sup> Nos cuenta RAMÍREZ JIMÉNEZ que “... *en el Perú se ha dado el caso de leyes que modificaron la fórmula de cálculo de las pensiones de jubilación y que motivaron la interposición de otras miles de demandas...*”. En este caso, se estaban afectando los derechos de seguridad social, ejemplos típicos de DESC. Finaliza el autor resaltando que “... *la necesidad de estructurar un marco de actuación para la tutela eficaz de esta categoría de derechos individuales homogéneos, así como la defensa de los intereses difusos y colectivos, constituyen la justificación de la adopción de una ruta procesal que ha comenzado a merecer mayor atención, buscando la estructuración de un nuevo procedimiento, adecuando sus estructuras para que permita la intervención idónea de esa categoría, clase o grupo en la jurisdicción...*”. Ob. Cit., p. 267.

<sup>60</sup> IBÍDEM, pp. 364-365.

situaciones no podrían subsumirse dentro del concepto clásico de interés difuso o interés colectivo.

V) Explica TAM PÉREZ que *“... la tutela de estos derechos en tanto derechos que configuran pretensiones procesales absolutamente individuales, nunca ha estado en falta. El sistema procesal de derechos individuales y la clásica teoría del proceso, con altibajos, siempre han brindado instrumentos procesales idóneos para hacer efectivos estos derechos materiales individuales, a los que el Código Modelo “colectiviza”, tomando como base su origen común. Este origen común es lo único que permite la defensa colectiva porque, como es evidente, cada titular de una pretensión individual va a presentar diversas peculiaridades en relación con lo que reclama. De acuerdo con el Código Modelo, estas peculiaridades deben ser materia de conocimiento en una etapa denominada “liquidación de sentencia”...”*<sup>61</sup>.

VI) Esto demuestra que el Código Modelo de Procesos Colectivos fue concebido desde una doble perspectiva: desde los Derechos Humanos de tercera generación y desde lo monetario. Claramente, los codificadores no concibieron las soluciones para casos como el de los reclusos, por aquello de que *prima facie* no nos imaginamos procesos colectivos que tengan por objeto la protección de DESC<sup>62</sup>.

VII) Como explica RAMÍREZ JIMÉNEZ, *“... en el caso de los derechos individuales se perfila una situación excepcional, claramente explicable por la naturaleza ontológicamente individual de dicha categoría, aunque coyunturalmente colectiva, como se tiene dicho. El código admite la posibilidad de que accione individualmente cada afectado, a fin de reclamar las indemnizaciones a que tengan derecho, haya o no prueba nueva respecto al derecho de fondo discutido...”*<sup>63</sup>.

#### **4. TUTELA PREVENTIVA Y CRISIS DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.**

Cabría preguntarse si podría el tribunal que estuviese entendiendo en un proceso como el descrito resolver sobre virtuales daños futuros, aún cuando la parte actora no lo hubiere solicitado. El quid de la cuestión estaría en determinar si la consideración de los mismos, constituiría una introducción oficiosa de cuestiones de hecho por completo extrañas al litigio. Nuestra opinión –con base a la concepción preventiva del Derecho Procesal que compartimos– es que no, por lo que el tribunal estaría habilitado para hacerlo. Veamos las diferentes posiciones doctrinarias:

Señalan SIMÓN y sus colaboradores, *“... esta tesitura podría llegar a configurar excesos... el juzgador rebasaría el límite impuesto por la situación jurídica que lo rige, la jurisdicción, con sus características notas de ajenidad, imparcialidad e independencia, y el proceso, lejos de ser un instrumento para la efectividad del Derecho sustancial, podría transformarse en un*

---

<sup>61</sup> Ob. Cit., p. 293.

<sup>62</sup> Expresa RAMÍREZ JIMÉNEZ que *“... antes de la aprobación del Código Modelo, lo que ha existido en nuestros países son leyes dispersas que regulan aspectos específicos de incidencia colectiva, en especial, las leyes referidas a la protección de los derechos de los consumidores y a la problemática sindical; posteriormente, se han agregado las leyes vinculadas a la preservación del medio ambiente. El caso es que, como ya se ha dicho, los derechos de incidencia colectiva no se agotan en la dicotomía de derechos difusos y colectivos propiamente dichos, pues ya tiene carta de ciudadanía la categoría de los “derechos individuales homogéneos”, especialmente útil para la protección de aquellos casos en que el daño individual puede ser de mínima cuantía, pero que colectivamente se constituyen en objeto de un reclamo importante. Se trata, pues, del acceso a la justicia de un conglomerado humano, no del individuo, quien, como bien sabemos, tiene garantizado el acceso por su sola condición de tal...”*. Ob. Cit., p. 267. En el caso de los DESC, si bien en términos monetarios los daños pueden no llegar a ser de gran cuantía, cualitativamente las violaciones resultan inmensas. Y además de todo, el daño sufrido por cada individuo siempre resultará suficiente como para que se recurra a la Justicia.

<sup>63</sup> Ob. Cit., p. 280.

*menoscabo... al demandado, que se defendió en base a una postulación distinta a la que es considerada en la sentencia...<sup>64</sup>.*

Apunta PEYRANO que “... otra peculiaridad que puede darse en el terreno de las acciones preventivas portadoras de tutelas especiales es la presencia de la operatividad de lo que se ha dado en llamar “flexibilización de la congruencia”... el principio de congruencia, como el conjunto del arsenal técnico y jurídico, no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores... No puede extrañar, pues, que ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto a la congruencia deba ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso...”<sup>65</sup>.

No obstante compartir en términos generales la regla formulada por SIMÓN, creemos que la misma admite excepciones fundadas en el más profundo sentido de la igualdad jurídica material, que no es otro que tratar desigual a quienes son desiguales. Consecuentemente, creemos que en procesos en los que se deduzcan pretensiones en defensa de intereses supraindividuales o intereses individuales homogéneos que tengan por objeto la protección de uno o más DESC y el demandado sea el Estado, los principios de tutela efectiva y paz social deben prevalecer por sobre el principio dispositivo<sup>66</sup>. Brindar mayores garantías a los ciudadanos y mayores potestades de contralor a los tribunales<sup>67</sup> resulta imprescindible en casos como estos, ya que de lo contrario –bajo una interpretación rigurosa del principio de congruencia– podría darse cobijo a injusticias perpetradas por las maquinarias burocráticas y corporativistas del Estado, las cuales están dotadas de bastantes poderes (de hecho y de derecho) en nuestras sociedades<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> SIMÓN, Luis M, LABAT, Santiago, TAULLARD, Alfredo, “Justicia Civil y congruencia”, en Revista de Derecho Procesal N°2, Año 2007, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 139. Concluyen estos autores que “... si bien cabe admitir al tribunal la posibilidad de determinar libremente las consecuencias jurídicas correspondientes a la plataforma fáctica que solamente las partes pueden introducir, resulta esencial que en esa determinación no se actúe de modo tal que se alteren las garantías de defensa, fallando sobre una modalidad de la pretensión que no fue objeto de debate, prueba ni estrategia procesal, o que se afecten los derechos sustantivos que pudieron haberse hecho valer si la pretensión hubiera sido incoada en la forma en que es “recogida” por el tribunal...”. P. 141.

<sup>65</sup> PEYRANO, Ob. Cit., pp. 85-86.

<sup>66</sup> Dice RAMÍREZ JIMÉNEZ que “... alienta que sea así, pues hoy se aprecia la enorme dificultad que existe para la ejecución de las sentencias en el proceso individual clásico. Bien sabemos que la crisis de cooperación genera el conflicto, el que sólo puede ser resuelto con intervención del juez como tercero imparcial y a través del proceso... Ahora bien, cuando el conflicto se relaciona con la protección de los derechos del consumidor o la tutela del medio ambiente, la intervención del juez se hace más necesaria, como también la real efectividad de sus decisiones, dada la envergadura social de la protección que otorga...”. Resulta claro que en casos que involucren DESC, la participación del juez se encuentra más que justificada, en tanto autoridad encargada de velar por el respeto de tan importantes derechos. Agrega el citado autor que “... la carga del tiempo del proceso sólo afecta al demandante; casi nunca al demandado... Por ende, que el Código Modelo haya recogido un instrumento tan valioso como la tutela jurisdiccional anticipada, es indicativo de su interés por una justicia eficaz, satisfactiva, en el sentido de ser una anticipación de tutela sobre el fondo de la materia controvertida...”. Ob. Cit., pp. 273-274.

<sup>67</sup> Apoyados en el principio de separación de poderes.

<sup>68</sup> En contrario, SIMÓN expresa que “... Los principios de tutela efectiva, pronta y eficiente administración de justicia, y paz social, no pueden privar sobre el principio dispositivo y su corolario de la regla del due process of law en el proceso civil y su vulneración implica un menoscabo, que sería inadmisibles en un sistema democrático republicano de justicia, pues en último grado de análisis... se abandonaría por el tribunal el rol imparcial para asumir prerrogativas propias de las partes, afectándose la igualdad e incluso los posibles derechos sustantivos de los litigantes... ello porque la paz social no puede ser considerada la finalidad inmediata del proceso, sino su efecto, esto es, la consecuencia que el Derecho Objetivo imputa a la sentencia como instrumento para la satisfacción de la pretensión o eliminación de la insatisfacción jurídica...”. IBIDEM, p. 142.

Ahora bien, una utilización poco cautelosa de la tesis que acabamos de presentar podría arrastrarnos a resultados no deseados, que terminarían desvirtuando su espíritu garantista. Por ello, se torna necesario señalar de modo diáfano sus límites. Ellos serían:

**A) Factibilidad de la producción del daño.** El juez valorará las pruebas aportadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, las cuales le permitirán determinar cuán factible el daño es. Resulta necesaria la existencia de un peligro de daño objetivo Sería una especie de FUMUS EVENTUS DAMNI o “*humo de evento dañoso*”.

**B) Invariabilidad en el corto plazo de la situación ilícita potencialmente dañina.** El tribunal deberá demostrar a través de parámetros objetivos de razonamiento, que la situación ilícita potencialmente dañina no cambiará en el corto plazo. Por ejemplo, en el caso de los futuros reclusos, parámetros objetivos de razonamiento indican que las pésimas condiciones de los establecimientos carcelarios, no variarán sustancialmente de un momento para otro, por lo que existiría la presunción simple de que todo el que ingrese a un centro de reclusión, verá vulnerados sus derechos a la salud y/o a la educación, entre otros.

Dicen VÉSCOVI y sus colaboradores que “... en las hipótesis de intereses difusos no existiría una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable, sino más bien una **situación mucho más fluida...**”<sup>69</sup>. MORELLO y STIGLITZ completan la idea expresando que “... la sentencia beneficiará no solo a los miembros de la agrupación legitimada (como sucede en los intereses colectivos) sino además a la de otros **centros similares de afectación...**”<sup>70</sup>. A la luz de estas aseveraciones, cabe realizarnos estas tres preguntas: A) ¿Cuán imprecisos pueden llegar a ser los límites del grupo indeterminado de personas? B) ¿Hasta dónde llega el índice de fluidez de la comunidad de personas genéricamente organizada e identificable? C) ¿Hasta dónde se extienden esos otros centros similares de afectación?

Hagamos el siguiente razonamiento, para descubrir sus debilidades y arrancar de raíz interpretaciones erróneas. **¿Es concebible la existencia de derechos sin que exista actualmente un titular de los mismos, aunque tengamos la certeza de que éste virtualmente existirá en un futuro más o menos inmediato?** Podría sostenerse que la fluidez de situaciones como las de comunidades de personas genéricamente organizadas e identificables, así como la imprecisión de sus límites, llevaron a jueces como la Doctora CABRERA, a consagrar la justiciabilidad de DESC que aún no han nacido, ni se conoce su titular.

Analizar el caso desde esa perspectiva, es un error. Sabido es que los Derechos Humanos tienen como fundamento último la dignidad humana. Desde el momento que somos sujetos de derecho, nos convertimos en titulares de los mismos. Sucede que, mientras no sean violados, no nos preocupamos por protegerlos. Ergo, las preguntas que cabrían formularse serían las siguientes: **¿es posible dictar una sentencia definitiva basándose en futuras transgresiones a los DESC? ¿Es posible dictar una sentencia definitiva basándose en daños aún no acaecidos?** El artículo 11.3 del Código Procesal Civil Modelo expresa que “*el interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aún cuando éste no haya sido violado o desconocido...*”. Creemos que no, otra cosa significa el acogimiento de la demanda planteadas por los

---

<sup>69</sup> IBÍDEM, p. 74.

<sup>70</sup> MORELLO, A., y STIGLITZ, G., “*Hacia un ordenamiento jurisdiccional de los intereses difusos*”, JA, t. 1985, IV, “Secc. Doctrina”, p. 660.

letrados que buscaban defender los derechos de los que en el futuro ingresarán al sistema penitenciario. Si bien ellos no serán violados hasta el momento en que se produzca su ingreso al centro de reclusión, podría reclamarse por futuras vulneraciones como forma de intentar prevenirlas; haber acogido la sentencia, significa reafirmar el siguiente mensaje: es posible acudir a la jurisdicción a reclamar el respeto de derechos que aún no han sido violados. Resaltamos que la sentencia obtenida por los abogados del caso narrado no fue meramente declarativa sino que, por el contrario, fue de condena<sup>71</sup>.

Con criterios de protección de amplio espectro como los sugeridos, los defensores acérrimos de los Derechos Humanos estarán de parabienes. Pero, ¿cuál será la opinión de los demandados en esos casos? ¿Cómo explicarles que se los juzga –y eventualmente condena– por daños que **quizás** le produzcan en un futuro a determinados sujetos que ni siquiera saben quiénes son? Lo relatado, no es otra cosa que una manifestación –en sede de intereses difusos– del proceso de expansión que están viviendo los institutos procesales de tutela anticipada, la cual, de acuerdo a lo explicado –también puede darse a través de sentencias definitivas–.

Finalmente, debemos resaltar que, tanto el art. 53 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, como el art. 42 del Código Procesal uruguayo, establecen que *“en el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que **PERTENEZCAN** a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido”*.

Vemos pues, que estos dos cuerpos normativos exigen que los derechos *pertenezcan* a los interesados. De modo que podría sostenerse que si el sujeto por el que se pretende incoar el proceso en defensa de intereses difusos no existe, difícilmente los derechos le puedan *pertenecer*. Cuando se trata de futuros reclusos, estudiantes o pacientes, la dilucidación del tema podría dar lugar a cuestionamientos como los referidos. Porque si bien es cierto que estos sujetos son susceptibles de derechos y obligaciones desde su nacimiento, no tendrán de antemano los mencionados estatus (preso, alumno, paciente). En consecuencia, no resultaría descabellado que alguien alegara que el respeto a los derechos al trabajo, educación y salud en centros de reclusión, hospitalarios o educativos, les correspondería siempre y cuando tuvieran la calidad de reclusos, pacientes o estudiantes. De esa forma, podría intentarse hacer valer la ausencia de interés de los que no se ajustan hoy a las situaciones descritas, pero que potencialmente lo harán en un futuro.

Pues bien: una interpretación piedeletrista, nos conduciría a que para iniciar procesos en defensa de intereses difusos, fuera necesario que los derechos que se pretendan defender, pertenezcan a sus titulares de modo efectivo y actual. Sucede que esta regla no sólo podría regir para cuestiones judicializadas a través de procesos en defensa de intereses difusos que tuvieran como trasfondo la custodia de DESC, sino también para asuntos que tuvieran como objeto la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-cultural. Esto porque, muchas veces, se invocan ante los tribunales como derechos de los integrantes las nuevas

---

<sup>71</sup> El dispositivo fue el siguiente: “... Ordénase al Estado, Poder Ejecutivo, Ministerio del Interior, que en forma inmediata, conforme a lo dispuesto por el art. 9 literal c) de la ley 16.011: 1) Disponga la eliminación como centro de reclusión de los módulos metálicos del Penal de Libertad, lo que deberá efectivizarse en el plazo máximo de 120 días; 2) Disponga las medidas necesarias para eliminar el hacinamiento carcelario en los centros de reclusión que padecen superpoblación, lo que deberá efectivizarse en un plazo máximo de 8 meses. 3) Disponga la separación de los procesados y de condenados en todos los establecimientos del país, lo que deberá efectivizarse en el plazo máximo de 8 meses...”.

generaciones, el derecho a un medio ambiente sano o a la conservación del patrimonio histórico. Admitimos que en este caso es más discutible su existencia. Si no han nacido aún, ¿son los integrantes de las futuras generaciones sujetos de derechos? ¿Es su interés potencial o actual?<sup>72</sup>. Vista desde la perspectiva de los derechos de tercera generación, la consideración de este tema hasta podría llegar a poner en crisis uno de sus sistemas de protección, en el sentido de que, reiteramos, la ley exige en este artículo pertenencia actual del interés.

## 5. EXTENSIÓN DE LA COSA JUZGADA<sup>73</sup>

Cabe destacar lo acertado de la solución de la Jueza CABRERA, así como también del planteo de los demandantes, previniendo violaciones futuras a los DESC de un grupo indeterminado de personas. Cabría cuestionarnos si en el caso los letrados no hubieran demandado por los intereses de los reclusos futuros, podrían ellos de cualquier manera cobijarse en la sentencia dictada, virtud de sus efectos. Recordemos que la extensión *in utilibus* es el modelo elegido por los codificadores.

Si bien no lo hace desde la perspectiva de los futuros interesados, explica GIDI que “... una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo. La sentencia debe tener efectos obligatorios **ultra partes**, más allá de las partes. El carácter erga omnes de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento de la acción colectiva. Una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal destruye la esencia fundamental del proceso colectivo. Así, la doctrina de la cosa juzgada es probablemente el elemento más importante de cualquier legislación sobre acción colectiva...<sup>74</sup>. Y LANDONI SOSA agrega que “... si la provisión jurisdiccional resultante de la acción en defensa de derechos individuales homogéneos no es tan eficaz como aquella que derivaría de las acciones individuales, la acción colectiva no se demuestra útil para la tutela de los referidos intereses, ni se caracteriza como la vía adecuada para su protección...<sup>75</sup>”.

En nuestra opinión, los efectos ultra partes de estas sentencias, alcanzan también a los futuros interesados. Reconocemos que el asunto es discutible, y si estos desarrollos son el punto de partida para una interesante discusión por parte de quienes tienen mayor dominio del tema que el que puede tener un grupo de estudiantes, nos alegraremos profundamente.

---

<sup>72</sup> Señala MARTÍN MATEO que “... el rasgo más novedoso del Derecho Ambiental es el cambio de sujeto. Los ordenamientos contemporáneos giran en torno al individuo físico, titular de derechos, al que se garantiza constitucionalmente el disfrute de los inherentes a su condición de persona socialmente contratante. Pero los protagonistas del Derecho Ambiental aún no han nacido y puede ser que no tengan probabilidad de hacerlo nunca si alteramos sustancialmente la biosfera...”. MARTÍN MATEO, Ramón, “La Revolución Ambiental Pendiente”, Universidad de Alicante, 1ª edición Online, 1999, p. 19.

<sup>73</sup> Expresa RAMÍREZ JIMÉNEZ que “... La discusión es en torno a si la inmutabilidad de la cosa juzgada debe alcanzar o no a quienes no han participado en el proceso, incluso cuando es probable que ni siquiera hayan sabido de su existencia... Si la cosa juzgada tiene un efecto erga omnes “relativo”, como se ha visto, nada impedirá que se sucedan reclamaciones una y otra vez, con base en nuevas pruebas que pueden parecer inagotables, sin que la cosa juzgada llegue nunca, lo cual afecta a la parte emplazada y a la seguridad jurídica. Por otro lado, en el caso de los derechos individuales homogéneos se producirán tantos procesos individuales cuantos ciudadanos se vean obligados a demandar la ineficacia de la sentencia negativa a sus derechos, con lo cual por esta vía se habrán multiplicado los procesos a título individual, los que se querían evitar, principal razón para impulsar la regulación de los procesos colectivos. La relativización de la cosa juzgada no debiera ser tan abierta. Habría que procurar un límite a cualquiera de dichas variables, porque de lo contrario incurriremos en el dispendio de la actividad jurisdiccional que se quería evitar...”. Ob. Cit., pp. 279- 280.

<sup>74</sup> GIDI, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de Derecho Civil”, Ciudad de México, UNAM, pp. 98-99.

<sup>75</sup> LANDONI SOSA, Ángel, “Análisis del Anteproyecto de Código Modelo para los procesos colectivos en Iberoamérica” en “La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”, Ciudad de México, Porrúa, 2003, pp. 389.

## SECCIÓN IV CONSIDERACIONES FINALES

### 1. TUTELA ANTICIPADA: EN BÚSQUEDA DEL JUSTO MEDIO.

Sostiene RAMÍREZ JIMÉNEZ que “... la visión clásica de tutela no puede seguir sin reformarse. Tutela, previo conocimiento exhaustivo, es insensata, pues no todos los casos de la vida pueden esperar. Una tutela esencialmente represiva, que no busca evitar el daño, deja de lado casos humanamente inaceptables. Un proceso que reclama instancia plural, siempre con carácter suspensivo, alienta la dilación procesal. El proceso plenario como único instrumento procesal al servicio de la justicia es una posición sincretista, obsoleta, desconectada de la realidad. La exigencia de la hora actual reclama el tipo de respuesta propuesto por el Código Modelo. La nueva concepción del proceso descansa más que en su instrumentalidad, en su efectividad, pues hay conciencia de que tanto las personas como los bienes que proteger merecen tratamiento diferenciado; es decir, una tutela urgente reclama un proceso diferenciado...”<sup>76</sup>.

Enseña BERIZONCE que “... el sistema de justicia asienta en la lógica del garantismo y de la eficiencia, que se logra al cabo de un proceso pleno; de ahí que el legislador debe sopesar sesudamente los riesgos inherentes a la amplificación de las soluciones provisionales y coyunturales vis a vis el imperativo de seguridad, aún concebida como una seguridad dinámica, y la paralela garantía constitucional del debido proceso... No obstante, con todas esas seguridades y salvaguardias, es lo cierto que los mecanismos de tutela procesal diferenciada tienen ya ganado un lugar preponderante en la experiencia de nuestros sistemas procesales. Es deber de los juristas contribuir a su perfeccionamiento, para que brinden la utilidad que el anhelo de una más efectiva prestación jurisdiccional exige. De ahí la conveniencia de legislar sobre las medidas en cuestión, previendo expresamente cuáles son los derechos que autorizan la tutela diferenciada, sus presupuestos, pruebas, trámites, recursos, efectos ejecutorios, modificación, responsabilidad por exceso y demás aspectos implicados...”<sup>77</sup>.

Por nuestra parte, creemos que, debido a los riesgos que acarrea, la tutela anticipada debe ser la excepción ante el proceso de mayores garantías, debiendo limitarse su utilización para casos límite, en los que estén en juego DESC. En el adecuado equilibrio de esta cuestión radica el éxito de la solución.

### 2. EL PROCESALISMO IBEROAMERICANO A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LAS GLOBALIZACIONES JURÍDICAS.

En los tiempos que corren, comúnmente empleamos el término *globalización*. Pero, ¿llegamos a comprender cabalmente su significado? Explica GRÜN –con mucho de humor negro– que “... el mejor ejemplo lo tenemos en el caso de la Princesa Diana: se trata de una ex Princesa Británica, con un novio egipcio, que usa un celular sueco, que choca en un túnel francés, en un auto alemán, con motor holandés, manejado por un conductor belga, que

---

<sup>76</sup> Ob. Cit., p. 277.

<sup>77</sup> BERIZONCE, Roberto, “La tutela anticipatoria en los procesos colectivos”, en “Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas”, Universidad de Lima, 2008, Lima, p. 322.

*estaba excedido de whisky escocés. A ellos les seguía de cerca un paparazzi italiano, en una motocicleta japonesa... ”<sup>78</sup>.*

Estamos convencidos de que el Derecho no puede aislarse del proceso de globalización que vive hoy el planeta. Las *globalizaciones jurídicas* son una realidad. Y si hay algo que ellas han traído consigo, eso es, ciertamente, el pensar las estructuras jurisdiccionales en clave de Derechos Humanos. Así como es lugar común afirmar que estamos inmersos en la *sociedad de la información*, creemos que también lo estamos en la *sociedad de los Derechos Fundamentales*. O al menos, es allí donde decimos –o pretendemos– estar.

Apunta BARBOSA MOREIRA que “... *la comunidad cultural explica el hecho de que sea igualmente común a los países latinoamericanos una serie de preocupaciones e inquietudes respecto del funcionamiento, que está lejos de ser satisfactorio, de nuestros sistemas judiciales. Muchos de nosotros estamos intentando hacerlos avanzar hacia un régimen de prestación jurisdiccional más rápido y más eficaz; y propuestas muy parecidas surgen en los más distantes rincones de Latinoamérica. Se trata de forjar nuevos instrumentos para la protección de los derechos fundamentales consagrados en nuestras constituciones; de asegurar a los más carentes el acceso efectivo a la justicia; de remediar la excesiva demora de los pleitos con técnicas anticipatorias de los efectos de las sentencias... ”<sup>79</sup>.*

En la misma línea, STÜNER escribe que “... *una de las temáticas centrales de la sociedad impersonal moderna y de la idea del estado de bienestar social es el acceso del ciudadano a los tribunales. No basta con tener la simple posibilidad teórica de recurrir a los tribunales, el acceso a la justicia debe ser practicable y debe tener sentido... ”<sup>80</sup>. Creemos que la judicatura debe contribuir hoy, como nunca antes, a forjar las transformaciones políticas y sociales de nuestro tiempo; claro que siempre ejerciendo un estricto autocontrol para evitar ser ganada por impulsos individualistas que acaben desvirtuando su tan noble misión<sup>81</sup>.*

Que vivimos en un tiempo complejo, es cierto. Que ello nos obliga a asiduamente repensar la sociedad y el Derecho, también. En lo atinente a esta rama, creemos que el procesalismo iberoamericano debe procurar soluciones armónicas sin dejar de considerar los particularismos de cada Estado. De modo natural, las similitudes de nuestras sociedades tienden a generar una homogeneización del pensamiento jurídico y, como resultado de ello, una convergencia hacia una cultura procesal común. Tanto el Código Procesal Civil Modelo como el recientemente aprobado Código Modelo de Procesos Colectivos<sup>82</sup>, son algunos

---

<sup>78</sup> GRÜN, Ernesto, “*Las globalizaciones jurídicas*”, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 36, No. 105, Medellín, 2006, pp. 323 a 339.

<sup>79</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “*Proceso y Cultura latinoamericana*”, en RUDP N° 1/2003, FCU, Montevideo, 2003, pp. 11-12.

<sup>80</sup> STÜNER, Rolf, “*Derecho Procesal y Culturas Jurídicas*”, en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 36, No. 105, Medellín, 2006, pp. 323- 339.

<sup>81</sup> En un muy recomendable trabajo, Andrés de la OLIVA SANTOS afirma que “... *La administración de justicia... no se encuentra herméticamente separada de la sociedad a la que sirve... ¿Qué clase de sentencias y resoluciones pueden emanar de jueces y magistrados inmersos en un entorno con una mentalidad socialmente dominante de desapego al rigor intelectual y de superlativa inclinación a lo que individualmente parezca conveniente?... ¿Puede florecer en los tribunales una genuina atención a los argumentos de los consejeros jurídicos de los litigantes? ¿Cómo esperar que, de no ser compartidos esos argumentos, reciban razonada y cumplida respuesta?... ”. OLIVA SANTOS, Andrés de la, “*El “factor humano” en la Justicia (hablando claro sobre el tópico “Justicia y Sociedad”)*”, Revista IUS ET PRAXIS, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 12, Número 2, 2006, Talca, pp. 255-258.*

<sup>82</sup> En la exposición de motivos, se reconoce la necesidad de “... *tornar más homogénea la defensa de los intereses y derechos transindividuales de cultura jurídica común. El Código –como su propia denominación dice– debe ser tan sólo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo... ” (énfasis agregado), en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal N°9, 2006, p. 255.*

ejemplos de ello. Aunque es necesario que los trasplantes se realicen de manera responsable. Si bien nuestros ordenamientos jurídicos están bien encaminados, aún queda mucho por delante. Sabemos que la base del Derecho Procesal es evolutiva y cambiante, por lo que si este estudio contribuye un ápice en dar a algún lector una visión más amplia de lo que está ocurriendo en materia de protección de los Derechos Fundamentales en nuestro continente, nos daremos por satisfechos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ARCOS, Luz Stella, *“Derecho al Desarrollo”*, Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 38, N° 108, 2008, Medellín.
- ATRIA, Fernando, *“¿Existen derechos sociales?”*, en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>
- BARBAGELATA, Héctor Hugo, *“Tendencias de los Procesos Laborales en Iberoamérica”*, Revista Facultad de Derecho UDELAR, N°21, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *“Proceso y Cultura latinoamericana”*, en RUDP N° 1/2003, FCU, Montevideo, 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *“La significación social de las reformas procesales”*, en RUDP N°4/2004, FCU, Montevideo, 2004.
- BAZÁN, Víctor, *“Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos internos e interamericanos”*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo 2, Año 11, 2005.
- BERIZONCE, Roberto, *“La tutela anticipatoria en los procesos colectivos”*, en *“Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas”*, Universidad de Lima, Lima, 2008.
- CABRERA ROMERO, Jesús Eduardo, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Exp. N°: 03-1254; y, 03-1308, JECR en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1582-120603-03-1254%20.htm>
- CASAL, H., Jesús María, *“Las restricciones al Velo Islámico. Neutralidad Estatal y DDHH”*, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Tomo 2, Año 2007.
- CASTRO RIVERA, Alicia, *“Los derechos humanos económicos, sociales y culturales”*, en Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad Católica del Uruguay, N° 4, 2007, Montevideo.
- DEL CARRIL, Enrique, *“Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”*, en Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 8, 2007, Piura.
- Diccionario ONLINE de la Real Academia Española. [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=judicialización](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=judicialización). Consultada el 30 de abril de 2009.
- [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=judicializar](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=judicializar). Consultada el 30 de abril de 2009.

- FEDERICI, Mario F. *“Gobernabilidad Democrática y Estado de Derecho frente a las emergencias económicas y sociales”*, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Volumen 5, 2003.
- FERRADA BÓRQUEZ, *“Los derechos fundamentales y el control constitucional”*, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XVII, 2004, Santiago de Chile.
- FERRER, Alicia, OLIÚ, Alfredo, *“El derecho a la salud y su real ejercicio en los estados de emergencia”*, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Volumen 5, 2003.
- GRÜN, Ernesto, *“Las globalizaciones jurídicas”*, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 36, No. 105, Medellín, 2006.
- LABAT, Santiago, *“Procesos regulados por la Ley 17.940 de protección de la actividad sindical”*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N°3, 20 05.
- LANDARÍN, Wenceslao, *“Legitimación Activa en los procesos previstos para la protección de la Libertad Sindical”*, Revista Jurídica Regional Norte, Año 3, N°3, 2007 , FCU.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson, *“Estudio sobre la aplicación jurisprudencial de la Ley de Fuero Sindical”*, en Revista de Derecho y Tribunales, N°8, 2008, AM F.
- MAIORANO, Jorge Luis, *“El defensor del pueblo en América Latina: necesidad de fortalecerlo”*, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XII 2001, Santiago de Chile.
- MONTEIRO DE ANDRADE SILVA, Ana Cristina, *“O Poder Judiciário como efetivador dos direitos fundamentais”*, Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do conselho da Justiça Federal), Año XI, N°37, 2007, Brasília.
- MORELLO, Augusto M., *“Apuntes sobre el Derecho Procesal Civil en la primera parte del Siglo XXI”*, en Revista de Derecho Procesal N° 2, Año 2007, Ru binzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la, *“El “factor humano” en la Justicia (hablando claro sobre el tópico “Justicia y Sociedad”)”*, Revista IUS ET PRAXIS, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Año 12, Número 2, 2006, Talca.
- PEREIRA CAMPOS, Santiago, *“Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada”*, en *“Estudios en homenaje al Profesor Enrique Véscovi”*, 1ª edición, FCU, 2000, Montevideo.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, *“Panorama de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de DDHH”*, Revista de Derecho Público, Número 17, Año 2000, FCU.
- PEYRANO, Jorge W., *“La acción preventiva”*, 1ª edición, LEXIS NEXIS, Buenos Aires, 2004.
- PEYRANO, Jorge W. *“La medida autosatisfactiva: solución urgente no cautelar”*, en *“Estudios en homenaje al Profesor Enrique Véscovi”*, 1ª edición, FCU, 2000, Montevideo.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson, *“El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica”*, en *“Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas”*, Universidad de Lima, Lima, 2008.

- RASO DELGUE, Juan, *“Impacto de la ley de fuero sindical en las relaciones colectivas de trabajo”*, Revista de Derecho y Tribunales N° 1, Año 2006, A MF.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *“Estado social de derecho y derechos imposibles”*, en Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Vol. 6, 2005, Piura.
- Sentencia N° 41/2009 del Juzgado Letrado en lo Contencioso Administrativo de 1er. Turno de la República Oriental del Uruguay.
- SIFUENTES, Mónica, *“Direito da Educação e Função dos Juízes”*, Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do conselho da Justiça Federal), Año IX, 2005.
- SIMÓN, Luis M, LABAT, Santiago, TAULLARD, Alfredo, *“Justicia Civil y congruencia”*, en Revista de Derecho Procesal N° 2, Año 2007, Rubinza I-Culzoni Editores, Buenos Aires.
- STRECK, Lenio Luiz, *“La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales”*, Revista de Estudios Jurídicos, N° 2, 2006, UCUDAL.
- STÜNER, Rolf, *“Derecho Procesal y Culturas Jurídicas”*, en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100015&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000100015&script=sci_arttext).
- TAM PÉREZ, José, *“Apuntes sobre los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva”*, en *“Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas”*, Universidad de Lima, Lima, 2008.
- URIOSTE BRAGA, Fernando, *“En torno a los derechos culturales”*, Revista de Estudios Jurídicos, N° 5, 2008, UCUDAL.
- VAN ROMPAEY, Leslie, *“El rol del Juez en la Sociedad Moderna”*, en Revista de Derecho Público N° 34, FCU, 2008, Montevideo.
- VAN ROMPAEY, Leslie, *“Justicia y Sociedad”*, en Revista La Ley Uruguay, N° 1, La Ley, 2008, Montevideo.
- VÉSCOVI, Enrique, *“El servicio de Justicia y su modernización en el Derecho Comparado en Iberoamérica y en Uruguay”*, en Revista de Técnica Forense N° 4, ITF/FCU, 1994, Montevideo.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.  
 Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,  
 Dirección Postal  
 Instituto Colombiano de Derecho Procesal  
 Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)  
 Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en EDITORIAL ABC.  
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.