

CAPÍTULO XXI

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y LAS TUTELAS PROCESALES DIFERENCIADAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO BONAERENSE

Pablo Octavio Cabral

21.1. Introducción

El objetivo de este trabajo es, a partir de la construcción de una visión más compleja del principio de igualdad de armas –fundada en la idea de tutelas procesales diferenciadas–, intentar identificar en la regulación procesal administrativa de la provincia de Buenos Aires algunos ejemplos de protección judicial centrada en personas que integran grupos vulnerables o de especial protección por parte del Estado.

Fundado en la oposición que realiza Luigi Ferrajoli entre los derechos fundamentales (universales e indisponibles) y los derechos patrimoniales (singulares y disponibles), con sus respectivos bienes (bienes fundamentales y bienes patrimoniales) podemos intuir que cuando se someten a intervención del Poder Judicial la protección y reconocimiento (garantía secundaria) de los primeros, el principio que rige es el de igualdad jurídica; y de los segundos el de desigualdad jurídica.

De ello se deriva que los jueces pueden establecer un tratamiento diferencial en los casos en los que se pongan en juego derechos o bienes fundamentales, lo que rompe –para esos casos– la idea de igualdad de armas –fundado en el principio liberal de igualdad como no discriminación– y reemplazándolo por un sistema de hándicap procesal en favor de las personas naturales, ciudadanos y personas con capacidad de obrar –basado en el principio de igualdad estructural como no subordinación–.

Como veremos al final del presente texto, nuestra legislación procesal administrativa no realiza distinción en el tratamiento de las partes basadas en el tipo de derecho (Derechos fundamentales/Derechos patrimoniales), sino que dispone algunas pocas cláusulas protectorias de las personas que integran tres grupos de especial tratamiento: los trabajadores estatales, los beneficiarios del sistema previsional y los usuarios de servicios públicos.

21.2. Principio de igualdad jurídica y categorías sospechosas

En la teoría del derecho de Ferrajoli, la función judicial “Es la función pública consistente en las garantías secundarias producidas por el ejercicio de la función legislativa y actuada mediante actos cuya validez sustancial depende de la aplicación sustancial de las normas sustantivas sobre su producción”¹⁴¹⁴.

1414 FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 201, tomo 1, p. 770.

La función legislativa, por su parte, es la función pública cuya actuación es fuente de normas y, si obedece a la razón social de la institución pública a la que pertenece, consiste en la producción de las correspondientes garantías primarias y secundarias. Es entonces la legislación procesal que establece las tutelas procesales diferenciadas en los distintos códigos rituales, un ejemplo o tipo de medida de acción positiva, ordenada por el constituyente para ser implantado en aquellos juicios en los que se encuentren en juego o discusión derechos fundamentales o una de sus partes procesales sean personas integrantes de grupos vulnerables (art. 75, inc. 23 de la CN).

Para ello resulta también central desarrollar las distinciones –y complementación– entre los dos modelos de igualdad –como no discriminación y como no sometimiento– expuestos por la doctrina y considerados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto impacta en la tarea de los jueces ya que, como lo explicó Roberto Saba “La igualdad como no sometimiento obliga a reformular el rol de los tribunales y sus posibles respuestas, en ejercicio de su facultad de proteger la igualdad ante la ley como derecho constitucional, afrontan demandas de personas pertenecientes a grupos sojuzgados que esperan del Estado una postura energética contra sus atropellos”¹⁴¹⁵.

Una cuestión a detallar es el funcionamiento de las categorías sospechosas frente a situaciones de desigualdad estructural, ya que su aplicación a situaciones en que se ponen en ejecución medidas de acción positiva es contradictoria y resulta opuesto a ese tipo de *garantía de las diferencias*.

Luego pretendo relevar algunos ejemplos de normas procesales que proponen algunas tutelas procesales diferenciadas respecto de tres sujetos de especial protección (trabajadores estatales, beneficiarios previsionales y usuarios de servicios públicos) en la regulación del juicio ante la Justicia Contencioso Administrativa de la Provincia de Buenos Aires.

21.3. La igualdad constitucional y el principio de igualdad de armas en los procesos judiciales

El principio de igualdad de armas en los procesos judiciales ha tenido diversas interpretaciones y alcances, tanto en su tratamiento normativo, jurisprudencial como doctrinario y adquiere especial relevancia en los procesos contencioso administrativos donde, por la presencia del Estado como una de las partes, se expresaron variaciones procesales de distintos privilegios de la administración pública, fundados en un régimen jurídico exorbitante del derecho privado.

Vicente Gimeno Sendra define a este principio como “una proyección del genérico principio de igualdad que se manifiesta en un proceso con todas las garantías al indicar que se vulnera cuando el legislador crea privilegios procesales sin fundamento constitucional objetivo y razonable o cuando el legislador o el juez crean posibilidades procesales que se niegan a la parte adversa”¹⁴¹⁶.

1415 SABA, Roberto: “Más allá de la igualdad formal ante la ley...Ob.Cit., p 81.

1416 GIMENO SENDRA, Vicente; Derecho Procesal Penal, 2.ª ed. Cizur Menor, Civitas Thomson

Por su parte, Simón Moratto enumera las siguientes características del principio de igualdad de armas "Primera. El principio de igualdad de armas tiene antecedentes que pueden ser rastreados hasta la antigua Grecia con el establecimiento de la máxima *audi alteram partem*. Segunda. Al ser un mandato de optimización, demanda la realización de una igualdad procesal en la mayor medida posible al tener en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Tercera. La igualdad a la que se refiere es material y no matemática. Por lo tanto, debe tener en cuenta la disparidad natural de los contendientes y las especiales calidades de cada uno de ellos. Cuarta. Esa igualdad se predica de las "partes" del proceso, al entender por "parte" a aquella que postula una resolución judicial frente a otra persona o contra quien se formula dicha resolución. Quinta. Por "armas" debe entenderse todos los mecanismos de ataque y defensa de los que dispone una parte del proceso para cristalizar la disputa entre tesis opuestas; en otras palabras, las condiciones, facultades y oportunidades para una efectiva presentación del caso. Sexta. El principio de igualdad de armas se vulnera cuando tiene lugar una desventaja sustancial que afecta la justicia del proceso visto como un todo"¹⁴¹⁷.

Como consecuencia de los privilegios del Estado, las relaciones jurídicas entre la administración y los administrados son claramente desiguales, si bien esos privilegios se contrarrestan, en cierto modo, con el reconocimiento de una serie de garantías y derechos a las personas. Esa situación de desigualdad es clara en el procedimiento administrativo, habida cuenta de que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la administración pública, cuando actúa como poder público, una serie de potestades administrativas y establece la presunción *iuris tantum* de validez de los actos dictados en su ejercicio, que obliga a su inmediato cumplimiento, así como la potestad de ejecución forzosa de sus resoluciones; traslada a los particulares afectados por un acto administrativo la carga de impugnarlos; impone la obligación de agotar la vía administrativa previa para poder acceder al control contencioso-administrativo; y establece que la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo no suspende, como regla general, la ejecutividad del acto impugnado. Por tanto, la administración pública se sitúa en una posición desigual en sus relaciones jurídicas con el administrado y así acude al proceso contencioso-administrativo.

Lucía Casado explica que "Al respecto, debemos partir del principio de igualdad de las partes que, junto con el de pluralidad de partes y el de contradicción, rige en el proceso contencioso-administrativo y, en consecuencia, determina la posición jurídica de las partes. Ciertamente este principio no implica que las partes sean iguales. Es más, por esencia material, en el ámbito contencioso-administrativo las partes son desiguales. En efecto, no es lo mismo la administración pública que los ciudadanos, ni persiguen los mismos fines y objetivos.

Reuters, 2015, p. 219.

1417 MORATTO, Simón; "El principio de igualdad de armas: Un análisis conceptual", Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 41, n.º 110, enero-junio de 2020, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 177-202.

Tampoco significa este principio que en todo momento haya de existir una correlación o identidad absoluta entre las facultades de las partes. Sin embargo, con arreglo a este principio, sí debieran ambas tener las mismas oportunidades en el proceso para defender sus pretensiones"¹⁴¹⁸.

Es entonces a partir de la aplicación del principio de igualdad de armas –reflejo de la igualdad constitucional liberal aplicada al proceso administrativo– que la legislación atenuó los privilegios procesales que gozaba históricamente la administración pública en juicio. A partir de la flexibilización de los requisitos de habilitación de las pretensiones procesales; de la ampliación de los plazos para demandar; de la equiparación de las cargas durante el juicio; de la eliminación de algún efecto declarativo de las sentencias condenatorias al Estado, se intentó equilibrar el peso relativo entre el poder público institucionalizado y los ciudadanos.

Estos cambios normativos que se pueden observar en los nuevos códigos procesales administrativos les quitaron rigidez a las estructuras procesales al intentar poner en un pie de relativa igualdad a las partes. Entiendo que ahora el siguiente desafío de la justicia contencioso administrativa es realizar una tutela procesal diferenciada, en garantía de la igualdad como diferencia para proteger los derechos fundamentales y a las personas que integran grupos vulnerables históricamente excluidos, sojuzgados y discriminados de una forma sistemática. Para los casos en que se debatan derechos patrimoniales o estén en juego sus bienes es suficiente con la aplicación del principio de igualdad de armas, con las reservas de algunos privilegios en favor del Estado, justificados en su representación del interés público o general de la totalidad de la comunidad.

En el ámbito del sistema universal de protección de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 32 sostuvo sobre la igualdad en los procesos judiciales: "13. El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza también la igualdad de medios procesales. Esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y estas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado. No hay igualdad de medios procesales si, por ejemplo, el fiscal puede recurrir una determinada decisión pero el procesado no. El principio de igualdad entre las partes se aplica también a los procesos civiles y exige, entre otras cosas, que se otorgue a cada parte la oportunidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la otra parte. En casos excepcionales también puede exigir que se ofrezca gratuitamente la asistencia de un intérprete en los casos en que, sin él, una parte desprovista de medios no pueda participar en el proceso en pie de igualdad y no puedan ser interrogados los testigos presentados por ella".

1418 CASADO, Lucía: "La igualdad de armas en el proceso contencioso-administrativo: ¿realidad efectiva o mero *desiderátum*?" (RI 422968)

Como se puede leer, si bien establece como un principio fundamental del acceso a la justicia la igualdad de armas, también deja expresado que es posible que ley prevea distinciones y estas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado y, por ello, sin violentar los derechos garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos abordó el principio de igualdad de armas y, respecto del acceso a la justicia y debido proceso en casos de defensa de derechos sociales frente al Estado, consideró "Durante el proceso, es frecuente que la disímil situación social o económica de las partes litigantes impacte en una desigual posibilidad de defensa en juicio. La desigualdad procesal puede darse también en el litigio de casos vinculados a derechos sociales frente al Estado, como resabio de las posiciones tradicionales del derecho administrativo que suelen conferir privilegios al Estado en su relación con los administrados. Por ello debe reconocerse al principio de igualdad de armas entre los elementos integrantes de la garantía del debido proceso legal. En un proceso en el que se ventilan derechos sociales el resguardo de este principio es, sin dudas, un punto relevante en toda estrategia de defensa. El SIDH ha identificado al principio de igualdad de armas como componente integrante del debido proceso legal y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía"¹⁴¹⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en su Opinión Consultiva 16/99 sobre "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular" en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal que "para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables", y agrega luego que "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas".

No obstante, esta proclamada igualdad de armas entre el Estado –que ostenta la protección del interés público o general de la comunidad- y los parti-

1419 Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informe. "El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos."

culares –que esgrimen derechos fundamentales o patrimoniales frente a la administración pública- no da cuenta de la necesidad de adoptar un tratamiento preferencial para aquellas partes que defiendan sus derechos fundamentales, universales e indisponibles, y de aquellos otros que integran grupos vulnerables a los que el ordenamiento jurídico obliga a proteger mediante medidas de acción positiva.

Tras reconocer la entidad del principio la Corte Interamericana postuló que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, "difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas". Se observa así la caracterización del principio de referencia como integrante del conjunto de garantías procesales que concurren a componer el debido proceso legal y a garantizar el derecho a acceder efectivamente a la justicia¹⁴²⁰.

En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también se ha referido al principio de igualdad de armas y ha destacado su relevancia para la vigencia del debido proceso legal. En su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos la Comisión destacó que puede haber ocasiones en que, debido a las circunstancias particulares del caso, sea necesario contar con garantías adicionales a las explícitamente prescritas en los instrumentos pertinentes de derechos humanos para asegurar un juicio justo. A criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Esta estipulación deriva en parte de la propia naturaleza y funciones de las protecciones procesales, que en toda instancia deben estar regidas por el principio de justicia y en esencia deben estar destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio de un derecho. Ello incluye reconocer y corregir toda desventaja real que las personas afectadas en los procedimientos puedan tener y observar en ello el principio de igualdad ante la ley y el corolario que prohíbe todo tipo de discriminación"¹⁴²¹.

Este principio procesal de igualdad de armas –si bien no se contrapone directamente con las tutelas procesales diferenciadas- resulta insuficiente para incluir todos los casos en los que el legislador se encuentra obligado constitucionalmente (art. 75, inc.23) a crear privilegios procesales, con un claro fundamento objetivo y razonable en las medidas de acción positivas, o cuando

1420 Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informe. "El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos."

1421 Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informe. "El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos."

el legislador o el juez crean posibilidades procesales que se niegan a la parte adversa por las mismas razones.

Podemos recurrir para intentar proyectar las ideas que venimos trabajando sobre la garantía de la igualdad como diferencia al funcionamiento del concepto de hándicap utilizado en los deportes, donde se le resta determinado número de puntos o goles al competidor que tiene mejores antecedentes y es relativamente más fuerte o poderoso, para así sumárselos al adversario más débil. En este ámbito se conoce como hándicap a las desventajas que se imponen a los mejores participantes con el objetivo de igualar sus posibilidades en relación con los menos favoritos. El hándicap en ocasiones tiene que ver con sumar o restar cierto número de goles o puntos, de conceder ciertos metros de ventaja o de imponerle más peso a un competidor.

Es entonces una meta a considerar para poder garantizar la efectividad de los derechos fundamentales sometidos a las garantías secundarias, pensar la idea de la necesidad de construir normativamente un juicio con tutelas procesales diferenciadas –que distingan entre derechos y bienes fundamentales y derechos y bienes patrimoniales– con un sistema de hándicap procesal regulado –con efectivas medidas de compensación en el juicio– por el legislador para proteger a las clases preferentes, en el que las decisiones estructurales de políticas igualitarias estén en cabeza del Poder Legislativo y que, de alguna forma, establezca los límites razonables a la discrecionalidad de los jueces conservadores.

21.3. Las categorías sospechosas y los principios de no discriminación y de no sometimiento

La construcción dogmática y jurisprudencial del concepto de categorías sospechosas tuvo su origen en decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos, iniciadas con la sentencia de su Corte Suprema en la causa “Carolene Products”, en la que surgió la idea que ciertas clasificaciones normativas podían sujetarse a una revisión judicial más rigurosa que la que se realiza por vía del examen de razonabilidad que se aplica al control de los actos procesales.

Las categorías sospechosas de inconstitucionalidad, al decir de Mariana Sánchez Caparrós, se caracterizan por imprimir una fuerte presunción de inconstitucionalidad a las normas que las emplean, lo que implica un tipo de revisión judicial severo o estricto respecto de la racionalidad de la decisión.¹⁴²²

Este test de constitucionalidad estricto se aplica como lo ha utilizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a leyes o cualquier tipo de normas generales (se trate de una norma de una Constitución local, una ley provincial, una decisión del Consejo de la Magistratura de la CABA, una Resolución de la CSJN, etc.) en las que es preciso que el criterio de clasificación o distinción se manifieste a través de una de las llamadas categorías sospechosas.

1422 SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana, *Categorías Sospechosas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.

Roberto Saba explica que las categorías sospechosas se enmarcan en la idea de igualdad como no discriminación y que resulta –en principio– contradictorio pretender aplicarlas a situaciones en que estamos frente a la visión estructural de la igualdad, es decir, en tanto no subordinación de un grupo vulnerable discriminados sistemáticamente. Explica que “Esta yuxtaposición de caracterizaciones y justificaciones de las categorías sospechosas –así como el escrutinio estricto del cual son merecedores los tratos basados sobre ellas– no es inocua y pone de manifiesto la tensión entre concepciones de igualdad constitucional que no pueden aplicarse indistintamente por ser a veces contradictorias, interdependientes y hasta excluyentes”¹⁴²³.

Por tratarse de una presunción establecida en función de un modelo liberal de igualdad, su aplicación a casos de desigualdad estructural pone en tensión tal visión de la igualdad como no discriminación, con las medidas de acción positiva, propias de la igualdad como no exclusión. Dice Saba “Esta noción de categorías sospechosas como categorías *a priori* irrazonables es tributaria del principio de igualdad como no discriminación y tiene sus efectos. Por un lado, convierte a las categorías prohibidas en categorías de alcance simétrico ya que, por ejemplo, no es posible usar la categoría sexo en ningún caso, para justificar tratos ventajosos a los varones, ni tampoco para tratos de ese tipo en procura de favorecer a las mujeres. Por ese motivo, y como segundo efecto, esas categorías así entendidas obran como obstáculo contra la implementación de políticas afirmativas que traten de modo preferencial a grupos estructuralmente desiguales y cuyo diseño busque dismantlar las condiciones que hicieron y hacen de esos grupos castas inadmisibles en un régimen de igualdad de trato, en línea con lo que requiere el principio de igualdad como no sometimiento”¹⁴²⁴.

Sintetiza la idea “Por eso no es posible asociar estos listados de criterios prohibidos *a priori* con políticas tendientes a dismantlar situaciones de desigualdad estructural de grupos: ambos extremos, el de establecer categorías simétricas y el de brindar tratos preferenciales a grupos menos favorecidos, son en principio contradictorias. En términos ontológicos, el principio de no discriminación y el concepto de categoría sospechosa que se le asocia rechazan la existencia de los grupos y, por ende, también la existencia de grupos estructuralmente desiguales, así como la exigencia normativa (constitucional) de dismantlar las situaciones de exclusión y segregación que afectan a su integrantes”¹⁴²⁵.

Aun así, Saba realiza un intento de esbozar una justificación de las categorías sospechosas que no sea incompatible con las políticas de trato preferencial y que concilie una lectura del art.16 y del art. 75, inc. 23 de la Constitución nacional, para lo cual resulta central repensar el significado, la justificación y el propósito de dichas categorías. Ofrece dos opciones interpretativas; “La pri-

1423 SABA, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob. Cit., p. 83 y sgtes.

1424 SABA, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob. Cit., p. 83 y sgtes.

1425 SABA, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob. Cit., p. 83 y sgtes.

mera postula considerarlas como expresión del principio de igualdad como no sometimiento y, por lo tanto, no vinculadas a la razonabilidad de medio a fin. La segunda podría resultar aceptable a quienes quisieran insistir en entenderlas como manifestación de relaciones en principio inadmisiblemente desajustadas de medio a fin, pero que serán permitidas sólo cuando exista un interés estatal urgente en dismantelar una práctica de exclusión y sometimiento estructural de una clase"¹⁴²⁶.

21.5. Las categorías sospechosas como una tutela procesal diferenciada para todos los derechos

Las categorías sospechosas, como venimos describiendo, tienen importantes implicancias dentro del proceso judicial, alteran las cargas y posiciones de cada parte, y podemos interpretar que se trata de un tipo de tutela procesal diferenciada que actúa en el ámbito de la igualdad como no discriminación y es aplicable tanto a derechos fundamentales como a derechos patrimoniales.

La influencia y alteración de la distribución de posiciones en los procesos judiciales que generan las categorías sospechosas las explica Saba "Asignar a una categoría el estatus de sospechosa es relevante, pues coloca al Estado (y quizá también al particular acusado de violar el derecho a ser tratado igual) que la tome como base para el trato diferente en una situación de desventaja procesal frente a quien denuncia el trato desigual inconstitucional. De por sí este último deberá limitarse a esperar que el demandado demuestre que la presunción en su contra no se sostiene.

Por lo tanto, si la designación de la categoría como sospechosa tiene tamaño relevancia, determinar qué convierte a un criterio diferenciador del trato en sospechoso es de suma importancia y trascendencia, pues distribuye cargas argumentativas y probatorias en forma desigual entre las partes del pleito y dificulta justificar el trato diferente y elevar la protección del afectado.

Por otro lado, también tiene connotaciones relevantes sobre la presunción de validez de las normas decididas de manera democrática, porque si bien la regla es que se presumen válidas las normas decididas mediante un proceso deliberativo, cuando la norma establece como criterio diferenciador una categoría sospechosa, la presunción de validez cae y es reemplazada por una de invalidez, pese a que el proceso que llevó a imponerla es epistémicamente superior"¹⁴²⁷.

Esta lectura sobre el funcionamiento de las categorías sospechosas nos hace ver que en realidad se trata de un tipo especial de tutela procesal diferenciada -que impacta en el principio de igualdad de armas, al inclinar la cancha contra el Estado, que se caracteriza por no estar regulada normativamente en ningún código procesal, sino que es una construcción jurisprudencial realizada por los jueces de nuestra Corte Suprema de Justicia, en adhesión a criterios judiciales de Estados Unidos-.

1426 SABA, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob. Cit., p. 83 y sgtes.

1427 SABA, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley...* Ob.Cit., p. 86.

Como lo expuso Saba, este tipo de presunción es aplicada para los casos de desigualdad como discriminación y no como violación a la igualdad estructural, por lo que sus fundamentos se limitan a los casos en que existe una clara prohibición constitucional de utilizar dicha categoría (art. 20 CN, que iguala nacionales y extranjeros) o cuando su irrazonabilidad es patente porque es prácticamente imposible encontrar algún caso en que la categoría justifique un trato diferente, en virtud del principio de razonabilidad (art. 28 CN). Es decir, esta presunción en contra de las decisiones en las que se encuentren presentes alguna/s categoría/s sospechosa/s no debiera fundarse en el objetivo de proteger a grupos vulnerables o sistemáticamente discriminados.

21.6. Las clases preferentes como garantía de igualdad estructural y como una tutela procesal diferenciada de derechos fundamentales y grupos vulnerables

En mi opinión, la clara advertencia de Saba respecto de la contradicción que implica utilizar las categorías sospechosas en casos de medidas de acción positiva requiere excluir tal presunción para estos casos.

Contrariamente al resultado al que se llega de la aplicación del principio de igualdad como no discriminación para realizar el escrutinio judicial de las acciones afirmativas, debe utilizarse el concepto de "clases preferentes" para fundar una presunción de constitucionalidad de aquellas medidas de acción positiva en las que:

a) se acepte la existencia de un grupo vulnerable como identidad individualizable;

b) que dicho grupo haya sido excluido de uno o varios ámbitos laborales, educativos, políticos, etc., por un tiempo considerable constituyendo una situación de sometimiento naturalizada (discriminación sistémica);

y c) que esta situación afecte el goce de los derechos fundamentales (no patrimoniales) de sus integrantes.

Es decir, la presencia de una clase preferente (mujeres, personas con discapacidad, minorías religiosas, minorías sexuales, extranjeros, etc.) en una decisión que mejore el goce de los derechos fundamentales de sus integrantes debe activar la presunción de constitucionalidad de dichas medidas de acción positiva.

21.7. Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad¹⁴²⁸

Las cien (100) reglas de Brasilia buscan garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, que engloban el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

1428 Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

Dicho documento define el concepto de las personas en situación de vulnerabilidad al afirmar que "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

Agrega que "Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico".

También identifica el documento a los destinatarios del contenido de las reglas: a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país; c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados; d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman; e) Policías y servicios penitenciarios; f) Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Prevé también la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia al disponer que "Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que establece como uno de sus objetivos la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo recomienda "priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad". El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal.

Es de destacar que las reglas de Brasilia incorporan la categoría "pobreza" como una causa de exclusión social en su numeral siete (7) al ser un ejemplo clásico del derecho procesal el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, o la posibilidad de obtener medidas cautelares con contracautelas juratorias.

21.8. Las tutelas procesales diferenciadas en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (CCAPBA)

Luego de desarrollado este marco teórico en el que se implantaron los ejemplos de tutelas procesales diferenciadas en el juicio contencioso administrativo bonaerense propongo repasar las normas de la ley 12.008 para intentar identificar los grupos protegidos por el referido código.

El primer ejemplo lo podemos encontrar en el artículo 5 del CCAPBA que regula los criterios para determinar la competencia de los juzgados contencioso administrativos en razón del territorio, al establecer como principio que será competente el juzgado del fuero correspondiente al domicilio de las personas cuya actuación u omisión dé lugar a la pretensión procesal. Es decir, el juzgado competente es el del domicilio del demandado, en la mayoría de los casos, del Estado provincial o los Estados municipales, por lo que es un privilegio procesal en beneficio de estos últimos.

Las excepciones a dicha regla están previstas en protección de las personas que integran tres grupos vulnerables y de especial protección; los trabajadores públicos, quienes podrán optar por demandar ante el juzgado correspondiente al de la prestación del servicio¹⁴²⁹; los beneficiarios de prestaciones previsionales, que pueden demandar en su propio domicilio¹⁴³⁰; los usuarios de servicios públicos o de obras públicas concesionadas, que podrán demandar frente al juez del lugar de la ejecución de la prestación¹⁴³¹.

La siguiente regulación procesal diferenciada la encontramos al repasar la regulación del régimen de medidas cautelares y, en particular, la exigencia de contracautela para su procedencia. En efecto, el artículo 24 del CCAPBA atenua tal requisito para trabajadores públicos, beneficiarios del sistema previsional o personas con beneficio de litigar sin gastos. Dispone en concreto que en los supuestos de pretensiones deducidas en materia de empleo público o en materia previsional por los agentes o reclamantes de beneficios previsionales, o a quien interviniere en el proceso con beneficio para litigar sin gastos, se exigirá únicamente la caución juratoria.

Al llegar a la norma que establece el criterio de imposición de las costas del juicio encontramos que el artículo 51 del CCAPBA, modificado por ley 14.437, según el cual el pago de las costas estará a cargo de la parte vencida en el proceso. No obstante, el texto de la norma expresa que cuando la parte vencida

1429 Art. 5° CCA; "...Se exceptúan de dicha regla las siguientes controversias: a) Las relativas a la relación de empleo público, en las que será competente el juez correspondiente al lugar de la prestación de servicios del agente, o al del domicilio de la demandada, o al del domicilio del demandante a elección de este último."

1430 Art. 5° CCA; "...b) Las que versen sobre pretensiones deducidas por reclamantes o beneficiarios de prestaciones previsionales y pretensiones contra resoluciones de colegios o consejos profesionales y sus cajas previsionales en las que será competente el juez correspondiente al domicilio del interesado o al de la demandada, a elección del demandante."

1431 Art. 5° CCA; "...c) Las que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en las cuales será competente el juez correspondiente al lugar de ejecución de la prestación."

en el proceso fuere un agente público o quien hubiera reclamado un derecho previsional, en causas en materia de empleo público o previsional, las costas le serán impuestas solo si hubiere litigado con notoria temeridad. Nuevamente los empleados públicos y beneficiarios previsionales alcanzados por una excepción a la regla procesal que los beneficia alterando el principio de igualdad de armas.

Finalmente, en su segundo título el CCAPBA, al regular los procesos administrativos especiales, establece un carril especial para la impugnación de sanciones en materia de empleo público, lo que beneficia a los trabajadores estatales. La particularidad de este proceso especial –regulado en los arts. 71 a 73 del CCAPBA– es la abreviación de los plazos de su procedimiento judicial, con la finalidad clara de simplificar el juicio y brindar una garantía eficaz a la hora de efectivizar derechos fundamentales defendidos por la parte más débil de la relación laboral.

21.9. Conclusiones

Como lo explica Roberto Berizonce, las tutelas procesales diferenciadas tienden a asegurar los valores, principios y derechos constitucionales y requieren de “un nuevo modelo de justicia operante para la tutela de los derechos sociales en general, y más genéricamente de aquellos que en las convenciones internacionales conforman los ampliados derechos económicos, sociales y culturales (DESC); categoría comprensiva de los derechos derivados del trabajo y la seguridad social, la educación, la salud, la alimentación, la cultura, el consumo y otras prerrogativas de la interpretación”¹⁴³². Así, en este marco de verdaderos “procesos de solidaridad” para la efectividad de los derechos sociales fundamentales¹⁴³³ consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, es imprescindible que el proceso contencioso administrativo provincial adopte una regulación acorde a este tipo de medida de acción positiva dispuesta constitucionalmente.

Es así que es imprescindible lograr mediante una efectivización de los llamados derechos sociales una estructura económica que garantice una disminución de las desigualdades económico-sociales y la inclusión de sectores de la población excluidos y marginados. Para ello, la función del Estado, la construcción de políticas públicas adecuadas, la transformación de los servicios públicos y la edificación de una ciudadanía social y participativa son problemas que deben ser abordados desde el derecho administrativo con una visión políticamente igualitaria. Además, el sistema institucional requiere el acompañamiento de un poder judicial que concrete la revisión de políticas públicas sociales de forma tal de garantizar estos derechos fundamentales a la ciudadanía más desaventajada.

Para pensar en un abordaje del derecho público desde una postura crítica a la visión liberal conservadora de nuestra tradición jurídica e institucional es

1432 BERIZONCE, Roberto Omar, “*Tutelas procesales diferenciadas*”, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 10 y sgtes.

1433 Ampliar esta conceptualización en ARANGO, Rodolfo, “*El concepto de derechos sociales fundamentales*”, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005.

necesario revisar las teorías doctrinarias sobre las que se construyó el derecho procesal administrativo. Dice Luigi Ferrajoli que "Todo esto requiere voluntad y capacidad de proyección reformadora y de innovación teórica e institucional. La innovación es necesaria sobre todo en el campo del derecho administrativo donde la ciencia jurídica legada carece todavía de una teoría de los derechos sociales y de las correlativas obligaciones públicas capaces de dar forma y garantía de efectividad a las expectativas correspondientes a las funciones positivas del Welfare State"¹⁴³⁴.

Es por ello auspicioso este comienzo de transformación de la justicia –en especial la administrativa– y es de esperar que, tanto a nivel federal como provincial, se trabaje en la confección de nuevos carriles formales que permitan una atenuación de las prerrogativas procesales del Estado en protección de los más débiles. Las tutelas procesales diferenciadas tienden a asegurar los valores, principios y derechos constitucionales y requieren de "un nuevo modelo de justicia operante para la tutela de los derechos sociales en general, y más genéricamente de aquellos que en las convenciones internacionales conforman los ampliados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), categoría comprensiva de los derechos derivados del trabajo y la seguridad social, la educación, la salud, la alimentación, la cultura, el consumo y otras prerrogativas de la interpretación"¹⁴³⁵.

1434 FERRAJOLI, Luigi, "El garantismo y la filosofía del derecho" Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 15, Bogotá 2001.

1435 BERIZONCE, R. Obra citada.