

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL LITIGIO DE REFORMA ESTRUCTURAL EN CLAVE DEL DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS, A LA LUZ DE LAS DECISIONES DEL PODER JUDICIAL PARAGUAYO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: A QUESTÃO DA REFORMA ESTRUCTURAL NO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA, À LUZ DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO PARAGUAIO

*Shirley Diana Franco Mancuello**

Resumen: *En la actualidad, en el Paraguay, reviste notoriedad las discusiones relativas al rol que tiene el poder judicial en la democracia, y el alcance que tiene esta intervención al decidir los casos sometidos a su atención. El debate es generado a partir de las resoluciones de los jueces del fuero de la niñez y la adolescencia respecto a la internación de niños y niñas en hospitales privados. Con esta decisión, el Poder Judicial tiene cada vez mayores cuotas de poder pues dado el fenómeno de la constitucionalización de los derechos sociales tiene la facultad de ser contralor del cumplimiento y efectividad de las garantías de protección de los derechos humanos. Mediante la introducción de un catálogo de derechos fundamentales en la Constitución Nacional de 1992, el Estado está obligado a su protección desde las políticas públicas a sectores más vulnerables o prioritarios. El terreno de políticas públicas reservado a los órganos políticos se traslada al poder judicial que tiene un intervencionismo tal que promueve estrategias de respuesta para satisfacer, proteger y garantizar las demandas de derechos fundamentales. El litigio de reforma estructural supone una nueva forma de justicia, transformando el litigio tradicional bilateral a un modelo litigioso más amplio con partes colectivas que reclaman acciones remediales ante situaciones lesivas.*

* Relatora de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Integración de las Américas. UNIDA. Abogada. Diploma Superior en Relaciones Internacionales. Master en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Salamanca. Doctoranda del programa Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. E-mail: shirleydianafm@gmail.com

Resumo: Hoje, no Paraguai, são notórias as discussões relacionadas ao papel que tem o poder judiciário em uma democracia e ao alcance dessa intervenção ao decidir casos submetidos à sua apreciação. O debate é gerado a partir das decisões dos juízes das varas de infância e adolescência relativas à internação de meninos e meninas em hospitais privados. Com esta decisão, o Poder Judiciário tem cada vez maiores parcelas de poder, pois, dado o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais, possui a faculdade de controlar o cumprimento e a eficácia das garantias de proteção dos direitos humanos. Com a introdução de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição Nacional de 1992, o Estado é obrigado a protegê-los estabelecendo políticas públicas para setores mais vulneráveis ou prioritários. O campo das políticas públicas reservado aos órgãos políticos é trasladado ao Poder Judiciário que possui um intervencionismo tal que promove estratégias de resposta para satisfazer, proteger e garantir as demandas por direitos fundamentais. A questão da reforma estrutural supõe uma nova forma de justiça, transformando o litígio tradicional bilateral em um modelo litigioso mais amplo com partes coletivas que reivindicam ações corretivas frente a situações lesivas.

Palabras clave: Constitucionalización de los derechos sociales, Litigio de reforma estructural, Derecho a la salud de niños y niñas, Derechos fundamentales, Poder judicial, Paraguay

Palavras-chave: Constitucionalização dos direitos sociais, Questão da reforma estrutural, Direito à saúde da criança, Direitos fundamentais, Poder judiciário, Paraguai

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo constitucionalismo americano, llamado así por Roberto Gargarella¹ a la serie de reformas constitucionales promovidas por los países de la región a finales de Siglo XX, dio entrada definitiva y por supuesto garantizó la permanencia de los derechos de los ciudadanos, y reconoce esencialmente que dentro de un sistema republicano de gobierno el ser humano es el centro de atención de las prioridades normativas. Las constituciones son el cimiento de las estructuras de protección de los derechos fundamentales, y como tal se pone al servicio de la construcción de relaciones sociales más igualitarias.

Los Estados tienen la obligación de otorgar respuesta a las necesidades de los ciudadanos en general y especial a aquellos sectores

¹ GARGARELLA, Roberto. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes" [en línea]. En: *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, 2010, p. 11-14. [fecha de consulta: 10 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.mediafire.com/?90b2w8sm6rcr8sv>>.

más vulnerables, en consonancia con la Constitución. En un sistema de división clásica de poderes, las normas constitucionales otorgan dimensión concreta de actuación a cada uno de los poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Sin embargo, es cada vez más creciente en el debate académico actual el rol que cumple el Poder Judicial en las democracias latinoamericanas. Se trata pues de un activismo judicial que abre camino a la protección de los derechos sociales, económicos y culturales bajo el amparo de las constituciones.

Las reformas constitucionales de las últimas décadas ampliaron los derechos, incorporando fundamentalmente derechos económicos, sociales y culturales y derechos colectivos. Y por supuesto, el contexto de pobreza y desigualdad ha contribuido a que los actores sociales menos favorecidos con las políticas públicas incrementen las demandas a la justicia de distintos grupos postergados, lo que exige de los jueces respuestas en asuntos que antes se consideraban eminentemente políticos². El diseño constitucional actual permite una mayor intervención judicial en los asuntos públicos. Este poder del Estado activa su maquinaria judicial a fin de otorgar respuesta a los reclamos de los derechos sociales, y satisfacer dichos derechos cuando no son atendidos. El problema radica pues que mientras otros derechos como el derecho a la propiedad tienen garantías de protección, esto es, estructura institucional y normativa, los derechos a la vida o a la salud están alejados de ellas.

Las formas de Justicia que abordara en 1979, por primera vez, Owen M. Fiss, profesor de Derecho de la Universidad de Yale, EE.UU., nos presenta un nuevo paradigma y nos obliga a reinterpretar la función de los jueces en las democracias actuales. Ya no hablamos de un litigio solo entre particulares sobre cuestiones particulares, sino un cambio

2 BASCH, Fernando. “Breve introducción al litigio de reforma estructural”. En: *Seminario Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural* (Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010). La literatura es muy vasta en esta materia. El autor nos provee de citas bibliográficas tales como: Javier Couso, “Consolidación Democrática y Poder Judicial: Los Riesgos de la Judicialización de la Política”, en *Revista de Ciencia Política*, Año/Vol. XXIV, No. 002, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004; “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”, en (R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux, Eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice For the Poor?*, Ashgate, Hampshire, 2006, p. 68; Víctor Abramovich, “La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales”, en (Alicia Ely Yamin, Coord.) *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del Invento a la Herramienta*, Plaza Valdéz, México, 2006; Christian Courtis, “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en (R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux, Eds.), cit., p. 169; Rodrigo Uprimny Yepes, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, 2007; Catalina Smulovitz, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, en *Desarrollo Económico*, Vol. 48, No. 190/191, 2008; Rachel Sieder, Line Schjolden & Alan Angell (Eds.), *La Judicialización de la Política en América Latina*, Editorial Universidad Externado, Bogotá, 2008; Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito, *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010.

estructural en el que el litigio es entre el ciudadano o actores colectivos y el Estado. En palabras del propio Fiss, la reforma estructural “*es un tipo de intervención judicial que se distingue por el carácter constitucional de los valores públicos en juego, y más aún por involucrar al poder judicial en una discusión con las burocracias estatales. El juez intenta dotar de sentido a nuestros valores constitucionales a través de la actuación de estas organizaciones*”³.

Paraguay, está viviendo esta experiencia en la actualidad. En el contexto de reforma estructural, el activismo judicial paraguayo fue excitado a los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía. Hago esta aclaración y salvedad, pues cuando hablamos de litigio de reforma estructural en consonancia con la constitucionalización de los derechos, en doctrina, nos referimos al control constitucional de las leyes u otros actos normativos, que de acuerdo a cada sistema constitucional, concentrado o difuso de las constituciones latinoamericanas, dependerá la competencia del órgano judicial. Si bien, el Paraguay cuenta con un sistema concentrado, donde es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la encargada del estudio y decisión de las acciones de inconstitucionalidad; fueron los jueces de primera instancia quienes actuaron en aplicación de la norma constitucional, las convenciones internacionales y las leyes nacionales.

En este artículo propongo una mirada al ordenamiento jurídico paraguayo referentes a los derechos fundamentales, en especial, los derechos del niño y la niña; el análisis de las decisiones de los órganos judiciales respecto de la concesión de medida cautelar de protección, al amparo de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, desde el fenómeno de la constitucionalización de los derechos sociales y el litigio de reforma estructural. Finalmente como consecuencia de este activismo judicial, las políticas públicas diseñadas por los poderes estatales.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS

El fenómeno de la constitucionalización de los derechos es muy reciente, data apenas de quince años desde que empezó su estudio mediante el derecho comparado⁴. En efecto, este fenómeno ocurre más bien en aquellos países donde se cuenta con una justicia constitucional⁵. Paraguay, mediante

3 FISS, Owen. “The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”. *Harvard Law Review*. 1979, vol 93, n° 1, p 1-58.

4 FAVOREU, Louis Joseph. “La constitucionalización del Derecho” [en línea]. *Revista Derecho Valdivia*. 2001, vol 12, n° 1, p. 31-43. [fecha de consulta: 15 de abril de 2015]. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-095020010001000003&lng=es&nrm=iso>.

5 Este tema referido a la justicia constitucional lo desarrollaré mejor en los tópicos siguientes

la Constitución de 1992⁶ asumida a inicios de una democracia plena. Desde el preámbulo en que reconoce la dignidad humana y se constituye en Estado Social de Derecho⁷ democrático y republicano comprendemos los alcances de esta afirmación. Indudablemente incorpora y reafirma que los derechos fundamentales son pieza clave principal del constitucionalismo social que adopta para el país.

En la protección de los derechos humanos, la Constitución de 1992 introdujo el reconocimiento de derechos e instituciones que han significado no solo la adecuación a instrumentos internacionales que el Paraguay ya había ratificado, sino un avance real en el ejercicio de estos derechos⁸. Esta adecuación a la internacionalización de los Derechos Humanos, fue producto justamente de la ola democratizadora de los años ochenta en los países latinoamericanos. Paraguay entonces a partir de 1989 en adelante, y concretizada con la Constitución de 1992, escribe un capítulo importante en su vida democrática e introduce un catálogo de derechos fundamentales. Así, en el Capítulo referente a la protección de los derechos de la familia, reconoce como prevalente los derechos del niño y niña. El Art. 54 De la Protección al Niño garantiza su desarrollo armónico integral, además del ejercicio pleno de sus derechos, amparándolo del abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación.

La constitución no hace otra cosa más que reafirmar y consolidar los derechos del niño, colocándolo ya no como un mero objeto del derecho a una protección especial, sino como un sujeto activo de todos los derechos que le son conferidos como derecho de toda persona humana⁹. Son titulares de todos los derechos inherentes al ser humano, gozando de atributos y cualidades propias y prevalentes a los demás.

El punto esencial en la norma contenida en el Art. 54 de la Constitución, es aquella donde establece la obligación de tres instituciones a saber: la familia, la sociedad y el Estado. La familia es

donde se podrá comprender mejor el activismo judicial paraguayo.

6 Esta Constitución sustituyó a la de 1967, y fue promulgada luego de la caída del último régimen militar de corte dictatorial que duró sesenta años, del Gral. Alfredo Stroessner. Para conocer más sobre las constituciones que tuvo el Paraguay véase MENDONCA, Juan Carlos. *Constituciones de la República del Paraguay. Constituciones de 1844, 1870, 1940 y 1967*. Asunción: Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, 1991.

7 Constitución Nacional, Art. 1: De la forma del Estado y de Gobierno La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

8 VILLAGRA DE BIEDERMANN, Soledad. "La Constitución Paraguaya y algunas conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales". En: CAMACHO, Emilio et. al. *Comentario a la Constitución: Homenaje al Décimo Aniversario, Tomo II*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2002, p. 213-245.

9 PUCHETA DE CORREA, Alicia "Los Derechos de Familia y su protección en la Constitución". En: CAMACHO, Emilio et. al. *Comentario a la Constitución: Homenaje al Quinto Aniversario, Tomo I*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 1997, p. 149-197.

naturalmente la encargada de la protección del niño y de la niña, sin embargo, a este orden natural le siguen tanto la sociedad y el Estado quienes no escapan del deber de proteger a los sectores más vulnerables.

Pese a que recién a partir de 1992 podemos hablar de constitucionalización de los derechos sociales. Esta transformación comienza desde el advenimiento de la democracia. Las primeras leyes dictadas al caer la dictadura, fueron en su mayoría referentes a los derechos humanos. El primer tratado ratificado e introducido al derecho interno fue la Convención Americana de los Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, mediante la ley N° 1/89, esto es, el congreso elegido en 1989 en elecciones libres, otorgó prioridad a un tratado referente a los derechos fundamentales.

El arduo trabajo de la constituyente tuvo resultados enormes de inserción internacional, pues permitió nada más que adoptar varias leyes que internalizaron derechos del ser humano¹⁰. En materia de niños y niñas la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada mediante la Ley N° 57 del 20 de setiembre de 1990.

En el plexo normativo paraguayo, existe la prelación de leyes establecida en el Art. 137 de la Constitución Nacional, en la cual en la cúspide se encuentra la Constitución Nacional, seguidamente los tratados, convenios y acuerdos internacionales, para luego las leyes del congreso y de inferior jerarquía. Los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos tienen un rango superior a las leyes dictadas por el poder legislativo, y como tal deben ser atendidos en todos los procesos llevados ante los órganos judiciales.

Con este compromiso, el Paraguay se encuentra obligado constitucionalmente a que los instrumentos internacionales de derechos humanos no sean meros actos protocolares, y se constituyan pues más allá de nuestro ordenamiento positivo interno para la defensa de la vida, la libertad, la familia, del niño y de la niña, y de otros valores sustantivos, que garantiza a los habitantes de la República en su papel de protector primario¹¹.

10 1. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ley N° 1.040 del 16/04/97-OEA; 2. Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la pena de muerte, Ley N° 1557 del 06/06/00-OEA; 3. Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas-ley N° 933 del 13/08/96-OEA; 4. Convención para prevenir y sancionar la tortura, Ley N° 56 del 16/01/1990-OEA; 5. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará), Ley N° 605 del 28/06/1995-OEA; 6. Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Ley N° 5 del 09/04/1992-ONU; 7. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley N° 4 del 09/04/1992-ONU; 8. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradables, Ley N° 69/90 del 23/01/90-ONU; 9. Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 57 del 20/09/1990-ONU. Véase en ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia. *El derecho internacional de los derechos humanos y su alcance constitucional: Comentario a la Constitución. Tomo II*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2002, p. 208.

11 ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia. Op. cit., p. 206.

Una de las obligaciones principales del Estado es la determinación de cuáles son los sectores prioritarios que requieren atención especial en un determinado momento histórico en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y la incorporación de medidas concretas de protección de esos grupos o sectores en sus planes de acción¹². Una vez identificados, el Estado puede definir con carácter previo cuáles son esos sectores de atención prioritaria y formular sus políticas. En ese sentido, el derecho a la salud y educación son siempre temas que se tornan prioritarios para cualquier Estado, pero además de catalogarlos así deben establecerse los medios para garantizar la efectividad de una política pública.

3. LAS NUEVAS FORMAS DE JUSTICIA. EL LITIGIO DE REFORMA ESTRUCTURAL

Al principio me refería las nuevas formas de justicia delineadas por el profesor Owen Fiss, quien señalaba precisamente sobre esta innovación en la actividad judicial. La explicación dada por este doctrinario, surgió para tratar de ubicar las decisiones de la Corte Suprema norteamericana en los años 50 y 60, al inicio de una nueva forma de intervención judicial. El caso señalado es el *Brown v. Board of Education*¹³. En este caso el Tribunal Supremo estimó que las escuelas separadas creaban por fuerza un sentimiento de inferioridad. El objeto de dicho caso era el ejercicio del derecho a la educación en condiciones de igualdad, y esencialmente a la igual protección de la ley, que venían siendo vulneradas sistemáticamente por las políticas de segregación racial practicadas en el sistema educativo de los Estados Unidos¹⁴.

De esta manera, la Suprema Corte declaró que el sistema segregacionista imperante era inconstitucional, la decisión fue conocida como *Brown I (1954)*, mientras que luego la misma corte norteamericana mediante el fallo del caso *Brown II (1955)*, encargó a las autoridades locales las reformas políticas necesarias para adaptarlas al mandato constitucional. Es decir, que, ambos fallos se complementan, en una se declara que toda política de educación segregada por motivos raciales es violatoria de derechos y debía ser modificada; en tanto en el siguiente se ocupa de los mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento del imperativo constitucional.

12 ABRAMHOVICH, Victor. "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina" [en línea]. *Revista de la CEPAL. Desarrollo Económico*. n° 88, p. 35-50. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/088035050_es.pdf?sequence=1>.

13 Oliver Brown, un afroamericano procuró la reparación legal cuando su hija Linda, de 7 años, se le negó la admisión a una escuela primaria reservada para blancos en la ciudad de Topeka, Kansas. *Brown v. Board of Education*, 347 US 483, del 17 de mayo de 1954.

14 BASCH, Fernando. Op. Cit., p. 4.

Efectivamente, debemos a la academia norteamericana el inicio del debate en torno a las nuevas formas de justicia. El objeto del litigio de reforma estructural es la eliminación o modificación de condiciones estructurales que dan lugar a una determinada situación de hecho completa, producto de distintas decisiones de múltiples agencias que resulta violatoria de derechos¹⁵. No estamos ante la concepción tradicional de un litigio bilateral sino que hay un replanteamiento acerca del rol judicial¹⁶. Las partes naturales de un proceso bilateral es ampliada a una gama de acciones colectivas, pues ya no tenemos partes determinadas sino colectivos que sufren violación de derechos fundamentales. En tanto, Fiss expone y aclara que aun cuando existan malhechores individuales o individuos identificados, sin embargo no son el blanco de la demanda, pues el foco está en la condición social, así la reforma es necesaria para remover una amenaza que la actuación de la organización instala a los valores constitucionales¹⁷.

El sistema de justicia constitucional del Paraguay permite un control constitucional de las normas de forma concentrada. Es la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la única con facultad y potestad exclusiva para realizar el cotejo entre normas y constitución, siguiendo el modelo kelseniano. Este control concentrado tiene el efecto *inter partes*, es decir, que solo afecta a quien lo articula; el titular del derecho lesionado es quien será beneficiado del control constitucional.

La justicia constitucional entonces debe entenderse como un conjunto de técnicas tendientes a garantizar e interpretar la constitución mediante mecanismos jurisdiccionales. Se convierte en fuente de legitimidad democrática y su importancia a veces es porque ésta viene a “tapar” los huecos que otras instituciones dejan en ese proceso de legitimación¹⁸. Para la doctrina de las cuestiones no justiciables, este hecho resulta particularmente preocupante, pues un poder del estado que no tiene legitimidad popular es la que debe actuar, introduciéndose en campos anteriormente reservados únicos y exclusivamente a los poderes que sí gozan de legitimidad popular, esto es, en sistemas presidencialistas, como los casos latinoamericanos. La doctrina de las cuestiones no justiciables cuestiona y critica este nuevo activismo judicial. Sin embargo, sostenemos que por el contrario, no estamos a un terreno reservado exclusivamente a los poderes ejecutivo y legislativo, sino que desde los actores sociales que activan el mecanismo judicial,

15 BASCH, Fernando. Op. cit., p. 6.

16 Fue Abraham Chayes quien primero advirtió del nuevo modelo que estaba implantado la corte norteamericana, y lo denominó Litigio de Derecho Público. Pero fue Owen Fiss quien sustituye esta denominación y lo define más específicamente al litigio “de reforma estructural”. BASCH, Fernando. Op. cit., p. 5.

17 FISS, Owen. Op. cit., p. 23.

18 PÉREZ TREMP, Pablo. “La justicia constitucional en la actualidad”. En: *Ponencias de Derecho Constitucional*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2001, p. 1-16.

el poder judicial es quien interviene ante la demanda de protección de derechos sociales y la exigibilidad de su cumplimiento.

Hasta aquí, no existen mayores inconvenientes para el planteamiento del control constitucional. Sin embargo, ocurre una situación muy particular pero no por ello deja de ser interesante para abrir a un campo de estudio doctrinario, las decisiones tomadas por los jueces que no tienen la potestad del control constitucional en un sistema concentrado. Esta variación, nos hace reflexionar acerca del rol no solo de los tribunales constitucionales sino también respecto de las transformaciones en la propia justicia constitucional.

Algunos autores exponen que en la justicia constitucional paraguaya, los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad del acto lesivo. Mendonca¹⁹ señala por ejemplo que el amparo está dado eventualmente para la protección de derechos o garantías constitucionales, en tal caso, implica ineludiblemente un pedido explícito de declaración de inconstitucionalidad de la acción u omisión lesiva. El órgano jurisdiccional encargado de conceder el amparo debería ser competente para declarar la inconstitucionalidad en cualquiera de los dos casos. De acuerdo al procedimiento en los juicios de amparo, la competencia es de los jueces de primera instancia de cualquier fuero.

Para comprender mejor estas transformaciones del rol del poder judicial, es interesante observar algunos casos de actuación judicial en el control de políticas públicas sobre la base de un enfoque de derechos. Si bien son casos individuales, explicitan cuestiones sociales complejas o conflictos que ponen en tela de juicio una política pública de salud de niños y niñas, y refleja el déficit de protección en el área.

El caso que centra y concreta el fenómeno analizado es la decisión asumida por los tribunales de Justicia de Paraguay, jueces que se encuentran en inferior jerarquía a la Sala Constitucional y por sobre todo, según el sistema concentrado no tiene la atribución del control constitucional. Embargo, fueron estos jueces y tribunales de la república quienes intervinieron en aplicación de la Constitución Nacional y los tratados internacionales para proteger a un sector prioritario como lo es la salud del niño y de la niña.

3.1. Las medidas de protección de niños y niñas dictadas por los jueces de la República del Paraguay conforme a la Constitución y las convenciones internacionales

La reforma estructural es necesaria para remover la amenaza que la actuación de la organización instala a los valores constitucionales²⁰. El

¹⁹MENDONCA, Juan Carlos. *Algunos problemas constitucionales*. Asunción. Intercontinental Editora, 2011.

²⁰FISS, Owen, en BASCH, Fernando. Op. cit., p. 6.

rol que cumplen los jueces se vuelve complejo en torno a la solución del conflicto. En principio, si es la Corte constitucional la que tiene la última palabra en esta materia no hay mayor óbice, sin embargo, en el caso paraguayo, recientemente, fueron planteadas gran cantidad de demandas ante los jueces del fuero de la niñez y la adolescencia, a fin de solicitar protección de los derechos de niños y niñas en situación de urgencia²¹.

Fueron presentadas en todo el país dieciséis solicitudes de medida cautelar de protección a niños recién nacidos y que requerían de internación urgente en terapia intensiva. El Estado, en sus hospitales públicos, tiene un déficit en terapia intensiva infantil, la mayoría se encuentra en el departamento central, de un total de 17 departamentos a nivel país²².

El pedido efectuado sea por los padres, o por defensores de la niñez y la adolescencia, fue para garantizar que el niño o la niña pueda ser internado/a en hospitales privados donde se cuente con camas de terapia intensiva neonatal. Los jueces tomaron la misma decisión en los distintos casos de similares características que fueron sometidos a su jurisdicción. Dispusieron la internación en terapia intensiva y/o intervención quirúrgica en hospitales privados y que los gastos sean cargados al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

El punto de inflexión analizado en las resoluciones es la necesidad de dar respuesta al reclamo de los actores donde requerían una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales del niño y de la niña. En sus decisiones los magistrados, alegaron que las medidas cautelares de protección tienen como objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo, emergiendo de la causa de análisis, el peligro en la violación del derecho a la vida y la salud de niño o de la niña. La característica de los procesos cautelares es su celeridad, y que obliga a abreviar los trámites del procedimiento dada la urgencia de los casos, para precautelar un derecho constitucional fundamental e inalienable de todo ser humano.

Los derechos fundamentales que debían ser protegidos eran el derecho a la vida y a la salud, principios garantizados en la Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992. El estado está conminado a su protección y primordialmente cuando se traten de niños y niñas, dado el carácter prevaleciente de sus derechos. Lo que hacen los jueces

21 Según cifras de la UNICEF, la mortalidad neonatal, es decir, aquella que ocurre en los primeros 28 días de vida, apenas ha descendido de 14,4 por cada 1000 nacidos vivos en 1990 a 11,2 por 1000 nacidos vivos en 2011, y es una de las más altas de la región. En Paraguay, 7 de cada 10 niños y niñas que mueren antes del primer año de vida lo hacen en el periodo neonatal, y casi 6 de cada 10 lo hacen en la primera semana de vida. UNICEF. *Sobre la situación del Derecho a la Salud, Materna, Infantil y Adolescente en Paraguay: informe país* [en línea] 2013. Disponible en: <<http://www.unicef.org/paraguay/spanish/unicef-informosalud.pdf>>.

22 El momento en el que ocurre la mayoría de las muertes neonatales, 80% antes de la primera semana y 50% en el primer día. Esta situación revela la insuficiente cantidad y calidad de atención en los servicios de salud materno-infantil del país debido a los limitados recursos humanos, mal distribuidos, con una formación de pregrado no siempre adecuada, ausencia de carrera sanitaria, un sistema aún incipiente de referencia, contra referencia, transporte y comunicación y dificultades en la logística de insumos y medicamentos. UNICEF. Op. Cit. p. 10-11.

de la niñez y la adolescencia, es aplicar directamente los mandatos de la constitución nacional, en sus artículos 4 “Del Derecho a la Vida”, 54 “De la protección del Niño”, 68 “Del Derecho a la Salud”, la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y la Ley nacional N° 1680/01 “Código de la Niñez y la Adolescencia”. La claridad expositiva de la resolución nos señala:

El acceso a los bienes, servicios y oportunidades destinados a satisfacer las necesidades de la salud constituye un Derecho Humano fundamental, el cual, en principio, debe ser brindado directamente por el Estado paraguayo, por medio de las instituciones públicas oficiales, en su defecto, de manera excepcional, como resultado de una intervención jurisdiccional, con el dictado de una medida cautelar de hospitalización (..) la cual no puede estar supeditada a ningún trámite de rigor previo, pues una respuesta morosa o tardía por parte del administrador/a de justicia, podría configurar un perjuicio irreparable para el sujeto que se somete a la salvaguardia jurisdiccional²³.

El Gobierno es compelido por el órgano judicial a cumplir su función de protector de derechos fundamentales contenido en la Constitución. Este activismo judicial refleja la necesidad de una respuesta urgente y necesaria del poder judicial para garantizar al niño o la niña la tutela de sus derechos.

Las responsabilidades del Estado social de Derecho y democrático respecto a la protección de los derechos sociales, y en especial los derechos del niño y niña, surgen desde que se ha reconocido la condición fundamental de dicho derecho, por lo tanto debe promoverse desde el Estado las condiciones que lo garanticen. En tanto, cuando en la lógica de los poderes públicos, quienes están obligados normativamente desde el punto de vista constitucional, no surja solución factible, es el turno de los jueces que, en casos de reforma estructural deben abandonar la postura pasiva propia del modelo de litigio tradicional de solución de conflictos, para tener un rol más activo y consecuente con la necesidad de remediar la carencia de protección de derechos de los demandantes.

4. PUNTO DE CONVERGENCIA Y DEFINICIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESDE EL PODER JUDICIAL PARAGUAYO

Los casos señalados con anterioridad produjeron ciertas dificultades en la fase remedial de litigio, pues los hospitales privados si bien estaban conminados al cumplimiento de las resoluciones judiciales,

23 PARAGUAY. TRIBUNAL DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO CENTRAL. A.I N° 019/2015, de 18 de febrero.

tenían obstáculos para el cobro de los servicios prestados, a la autoridad estatal, sea Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, o el Poder Ejecutivo propiamente dicho. Por un lado debían entablarse demandas para satisfacer los honorarios de hospitales, médicos, etc., y por otro, la reticencia del Poder Ejecutivo a cumplir con tales requerimientos. El hecho se agravó cuando el Procurador General de la República presentó varias acciones de inconstitucionalidad a fin de revertir las decisiones de los jueces del fuero de la niñez y la adolescencia.

Las dificultades expuestas en el caso que concretiza este tipo de litigios en relación a la manera en que deben responder los jueces ante ellos, pone de relieve la necesidad de reformar políticas o instituciones públicas como reacción a formas novedosas de intervención, intervenciones creativas o *experimentales* de los jueces²⁴.

Ante la presentación masiva de este tipo de solicitudes, y la respuesta de los jueces; que generó a su vez gran aceptación por parte de la opinión pública en general, y un debate interesante en el ámbito jurídico; ocasionó un ambiente propicio para el diálogo entre los actores gubernamentales con el objetivo de zanjar las diferencias, y por sobre todo anidar la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas.

Representantes de la Corte Suprema de Justicia, la Presidencia de la República, la Procuraduría General de la República y del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, realizaron distintas reuniones para la instalación de ciertas pautas de internación de niños y niñas en estado de urgencia. La decisión remedial que partió de los jueces mediante sus resoluciones promovió indudablemente la tutela judicial efectiva de los derechos. Esto se perfeccionó con un protocolo²⁵ de individualización y búsqueda de servicios de cuidados intensivos en el sector público y la reglamentación del procedimiento administrativo de medidas cautelares dictadas en el Fuero de la Niñez y la Adolescencia, con lo cual se establecen las pautas orientadoras que permitan el acceso a los hospitales privados en caso de carencia de camas de terapia intensiva para niños en hospitales públicos.

Las reuniones concluyen con dos decisiones políticas: el Poder administrador dicta el Decreto N° 3384 del 7 de mayo de 2015²⁶, en tanto la Corte Suprema de Justicia dicta la Acordada N° 965 *Por la cual*

24 Basch, Fernando. Op. Cit., p. 12.

25 Firmados por el ministro de Salud, Antonio Barrios; el Dr. José Zarza, presidente de la Asociación de Sanatorios y Hospitales Privados, el procurador general de la República, Dr. Roberto Moreno, y la ministra de la Corte Suprema de Justicia, Dra. Alicia Pucheta de Correa.

26 Este decreto encuentra fundamento en la protección de la persona en forma integral y sin discusión alguna. Es el resultado de meses de trabajo en forma coordinada y armónica entre más de siete instituciones públicas y los sanatorios del sector privado para enfrentar la problemática de la internación de niños y niñas en terapias intensivas mediante medidas judiciales. PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. "Oficializan protocolo para internación de niños en terapias" [en línea]. [fecha de consulta: 10 de junio de 2015]. Disponible en: <<http://www.pj.gov.py/notas/10894-oficializan-protocolo-para-internacion-de-ninos-en-terapias>>.

se establecen pautas orientadoras para la internación de niños, niñas y adolescentes en situación de urgencia, en instituciones de salud, como medida cautelar de protección. De esta manera, el poder judicial participa, dirige y supervisa el proceso de solución y contribuye a la creación de políticas públicas tendientes a remediar la situación de hecho.

Vemos cómo el Poder Judicial a través de sus jueces reforma el litigio tradicional bilateral y es posible identificar un número incipiente de casos con los cuales se intenta impulsar reformas a cargos de los poderes representativos, de tal manera a arribar a soluciones entre las partes siempre con el objetivo de protección de derechos fundamentales. Si bien esta solución parte de los tribunales inferiores, es la Corte Suprema quien toma la posta y gestiona remedios institucionales.

Podemos afirmar que el rol del poder judicial paraguayo se va transformando, adecuándose a los nuevos lineamientos del constitucionalismo social que propugna la Constitución de 1992.

CONCLUSIÓN

La teoría de los derechos fundamentales tuvo y sigue teniendo una vocación para ejercer influencia profunda en el ordenamiento jurídico de los Estados. Las reglas son orientadas esencialmente por la protección de los derechos del ser humano. Esta transformación surgida desde la Constitución normativa que provoca un cambio en el contenido del derecho se ve plasmada en la instalación de la responsabilidad del Estado para otorgar garantías de satisfacción de derechos.

El litigio de reforma estructural propone una nueva forma de ver el derecho, una nueva forma de hacer justicia. Modifica las propias estructuras del modelo de justicia tradicional, y admite una intervención judicial más profunda. Estos cambios todavía serán necesariamente paulatinos. Las transformaciones en las formas de intervención, en el propio rol de los tribunales de justicia e incluso en la percepción de los miembros de la sociedad.

La apertura a nuevas formas de intervención auspiciadas por los jueces del fuero de la niñez y la adolescencia en Paraguay, se vieron reflejadas en nuevas reglas procesales. Desde que las decisiones judiciales fueron asumidas, las instituciones públicas acomodaron su actuación y decidieron establecer pautas para delinear los trabajos conjuntos para los casos de internación de niños y niñas en terapias intensivas. Esto nos señala que desde el Poder Judicial se encaminaron acciones de reforma estructural.

No podemos dejar de observar además, que dicha transformación estructural que se da no desde la Corte, a través de su Sala Constitucional, sino que parte de jueces de primera instancia, nos plantea una interrogante sobre si la justicia constitucional también abarcaría a los jueces de inferior

jerarquía y que no tienen atribución de control constitucional en los sistemas concentrados, o si, sencillamente esta intervención se limita al fuero de la niñez y la adolescencia por ser de carácter prevaleciente. A decir de Fernando Basch²⁷, ¿cuál es entonces el rol de los tribunales de justicia ante violaciones estructurales de Derechos? Esta pregunta comprende a todas las instancias judiciales, pues seguramente el rol difiera tratándose de una y otra. Pero ciertamente, creo que la justicia constitucional se transforma a medida de que la sociedad reclama la protección de derechos, y el control constitucional finalmente se vuelve difuso.

Otra de las interrogantes es ¿por qué los actores requieren la intervención de jueces de inferior jerarquía y no activan el mecanismo constitucional según este sistema concentrado? La respuesta quizás surja de la urgencia en los casos llamados a resolver. El caso de análisis fue respecto del derecho a la salud de niños y niñas, la necesidad extrema y urgente de terapia infantil. Se promovieron pedidos de medidas de protección de carácter cautelar, lo cual implica rapidez, celeridad y efectividad. En tratándose de acciones de inconstitucionalidad que por su naturaleza requieren de la atención conforme a las leyes procesales, se opta por las medidas de urgencia.

La exigibilidad de derechos promovida en forma individual por sectores vulnerables o más desprotegidos, en el caso paraguayo, de requerir la actuación judicial para el cumplimiento de las políticas públicas; potencia la participación de la sociedad en el reclamo de los derechos sociales. Sin embargo, es reciente el desarrollo de estrategias de acción en el ámbito de los derechos sociales que fomenten la protección de esos derechos.

La propuesta remedial dependerá de la activación del poder judicial desde los actores individuales y sociales. Todavía se generarán más interrogantes, que solo la experiencia podrá responder. Tan solo hemos analizado estos casos surgidos que tomaron impactos sociales y jurídicos recientes, y que generaron, felizmente, regulaciones de las instituciones involucradas. No obstante, la ejecución del remedio de reforma estructural deberá necesariamente ampliar los mecanismos y herramientas para llevar adelante la supervisión. Esto incluso proporcionará un instrumento válido a la sociedad para ejercer un control del cumplimiento de las políticas públicas decididas luego del activismo judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes” [en línea]. En: *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, 2010, p. 11-14. [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2014]. Disponible en: <<http://www.mediafire.com/?90b2w8sm6rcr8sv>>.

²⁷ BASCH, Fernando. Op cit., p. 21.

BASCH, Fernando. “Breve introducción al litigio de reforma estructural”. En: *Seminario Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural* (Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010).

FISS, Owen. “The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”. *Harvard Law Review*. 1979, vol 93, n° 1, p 1-58.

FAVOREU, Louis Joseph. “La constitucionalización del Derecho” [en línea]. *Revista Derecho Valdivia*. 2001, vol 12, n° 1, p. 31-43. [fecha de consulta: 15 de abril de 2015]. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso>.

MENDONCA, Juan Carlos. *Constituciones de la República del Paraguay. Constituciones de 1844, 1870, 1940 y 1967*. Asunción: Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, 1991.

VILLAGRA DE BIEDERMANN, Soledad. “La Constitución Paraguaya y algunas conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales”. En: CAMACHO, Emilio et. al. *Comentario a la Constitución: Homenaje al Décimo Aniversario, Tomo II*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2002, p. 213-245.

PUCHETA DE CORREA, Alicia “Los Derechos de Familia y su protección en la Constitución”. En: CAMACHO, Emilio et. al. *Comentario a la Constitución: Homenaje al Quinto Aniversario, Tomo I*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 1997, p. 149-197.

ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia. *El derecho internacional de los derechos humanos y su alcance constitucional: Comentario a la Constitución. Tomo II*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2002.

ABRAMHOVICH, Victor. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo en América Latina” [en línea]. *Revista de la CEPAL. Desarrollo Económico*. n° 88, p. 35-50. Disponible en: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/088035050_es.pdf?sequence=1>.

PÉREZ TREMP, Pablo. “La justicia constitucional en la actualidad”. En: *Ponencias de Derecho Constitucional*. Asunción: Corte Suprema de Justicia, 2001, p. 1-16.

MENDONCA, Juan Carlos. *Algunos problemas constitucionales*. Asunción. Intercontinental Editora, 2011.

UNICEF. *Sobre la situación del Derecho a la Salud, Materna, Infantil y Adolescente en Paraguay: informe país* [en línea] 2013. Disponible en: <<http://www.unicef.org/paraguay/spanish/unicef-informosalud.pdf>>.

PARAGUAY. TRIBUNAL DE APELACIONES DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL DEPARTAMENTO CENTRAL. A.I N° 019/2015, de 18 de febrero.

PARAGUAY. Corte Suprema de Justicia. “Oficializan protocolo para internación de niños en terapias” [en línea]. [fecha de consulta: 10 de junio de 2015]. Disponible en: <<http://www.pj.gov.py/notas/10894-oficializan-protocolo-para-internacion-de-ninos-en-terapias>>.