XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal
"Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales"
Comisión 3: Derecho procesal constitucional.
Ponencia General: Procesos colectivos y políticas públicas.

Estándares para el proceso colectivo de política pública. Un sistema en construcción.

Por José María Salgado.

Conflicto y política publica.

La noción de política pública, que delimita qué conflictos pueden ser considerados dentro de ese ámbito, congrega un sinnúmero de situaciones de derecho material. Desde la tutela medioambiental, el goce de los derechos sociales, políticos y culturales, el ejercicio del control de constitucionalidad, el modo de organización de las instituciones, los conflictos entre poderes, la posición dominante en el mercado, los límites al ejercicio de los derechos individuales, protocolos generales para el ejercicio no punible del aborto, el acceso a la jurisdicción, el reconocimiento de un derecho a una jubilación móvil, el derecho a la vivienda y muchas otras cuestiones en las que pone su atención el interés público. La puesta en crisis de la política pública se vincula a lo hecho, a lo omitido, a lo deficitario y a las desviaciones entre lo estipulado y lo realizado; es decir, a todas las necesidades colectivas de los integrantes de una comunidad.

Los conflictos vinculados a la gestión de los temas públicos son llevados cada día con mayor asiduidad al seno del Poder Judicial para su gestión[1]. Los

[1] La nómina es solo ejemplificativa de algunos caso de la última década:
CSJN, 29/3/2005, "Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/Reajustes varios", Fallos: 328:566;
CSJN, 14/6/2005, "Simón, Julio Héctor y otros", Fallos: 328:2056;
CSJN, 8/8/2006, "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS", 329:3089;
CSJN, 23/5/2007, "Rosza, Carlos A. y otro s/Rec. de casación", 330:2361;
CSJN, 2/12/2008, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina", G. 147. XLIV;
CSJN, 25/8/2009, "Arriola, Sebastián y otros s/Causa Nº 9080", Fallos: 332:1963;
CSJN, 15/6/2010, "AFIP c/Intercorp SRL", Fallos 333:935;
CSJN, 13/3/2012, "F.A.L. s/ medida autosatisfactiva", Fallos 335:197;
CSJN, 24/04/2012, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Fallos 335:452;
CSJN, 18/06/2013, "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho);
CSJN, 6/5/2014, "Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.S.E.S. s/ acción de amparo", C. 766. XLIX. COM.

propios actores políticos, considerando por tales a los integrantes de los poderes del Estado en todos sus estamentos –nacional, provincial y municipal-, los particulares y las organizaciones no gubernamentales deciden trasladar la arena política a los tribunales para solventar todo tipo de conflictos[2].

Si bien existen ribetes disímiles entre cada una de las relaciones jurídicas en que se involucra el interés público, la temática no admite distracciones en su abordaje dado que, de una manera u otra, se avanzará hacía a algún resultado –incluso al silencio absoluto que no deja de ser una respuesta posible-, por lo que la tarea de la ciencia procesal es teorizar cuáles son aquellos instrumentos apropiados para lograr soluciones plausibles que, sustancialmente, respeten la representatividad de los sectores involucrados dando cuenta de la variedad de intereses en juego, sean el resultado de una participación plural, de un desarrollo transparente del litigio y tengan un cumplimiento auditado de la decisión.

La diversidad sustancial no impide resaltar que existen algunas condiciones que se reiteran entre cada uno de los debates referidos a las políticas públicas. Se trata de cuestiones comunitarias, de trascendencia macrosocial con implicancias –lógicamente- en lo económico, político, asistencial, institucional, sanitario, educacional, etc. Involucran conflictos cuyos cauces se van descubriendo a medida que se profundiza en su estudio y que no suelen responder a la clásica idea bipolar que conocemos largamente en el litigio civil, sino que involucran una multiplicidad de intereses que se estructuran de modo multipolar.

Han sido denominados litigios complejos, estratégicos, de reforma estructural o desestabilizadores[3] pues, entre otras cosas, se enfocan en la

---

CSJN, 14/4/15, "Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro", CSJ 22/2009 (45-C).

[2] Berizonce ha enunciado algunos de los motivos que influyen en un mayor activismo de parte de los jueces, motivados en la mayor judicialización de conflictos: i) la presión por el acceso efectivo a la jurisdicción; ii) creciente "inflación" legislativa; iii) novedosas y cambiantes funciones atribuidas al juez; iv) "explosión" de nuevas conflictividades; v) el impacto de la "globalización" y los sistemas de protección trasnacionales. A los que agrega la "desconstitucionalización", como un fenómeno de incumplimiento de los partidos políticos de la Ley Fundamental. Berizonce, Roberto O., Activismo judicial y participación en las construcción de las políticas públicas, El derecho procesal en vísperas del bicentenario, Número extraordinario de la Revista de Derecho Procesal Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 169. Ver también Verbic, Francisco, Procesos colectivos, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 266.

[3] Sabel, Charles - Simon, William H., Destabilizing rights: how public law litigation succeeds, 117 Harv. L. Rev., 1015, February, 2004; Bergallo Paola, Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los

necesidad de diseñar un remedio para situaciones deficitarias, que requieren planificación, cooperación e implementación de largo alcance. En lugar de establecer una serie de reglas rígidas dictadas de modo verticalista, es necesario un alto grado de participación, publicidad, transparencia, diálogo y control social de la decisión a la que se llegará por la negociación progresiva de las partes mediante reglas de funcionamiento que son revisadas en forma constante. No estamos ya frente a un proceso dirimente, sino en una versión experimentalista del litigio.

¿El Poder Judicial debe ocuparse de establecer la política pública?

Uno de los ejes mas extendidos acerca del papel político del Poder Judicial es el grado de intervención o protagonismo de los tribunales en la adopción de las decisiones políticas de una comunidad. Esa discusión ha sido planteada, con mucho predicamento en la teoría constitucional estadounidense –especialmente a raíz del ejercicio del control de constitucionalidad[4]-, en términos de activismo y autorrestricción judicial que se desarrolla en el marco del sistema de *cheks and balances* de la que también es tributaria nuestra Constitución nacional[5]. Así se señala que el foco de atención de esta disputa está puesto en la medida en que los tribunales acompañan, o no, las decisiones políticas de los demás poderes, adoptan un rumbo decididamente distinto, o limitan su actuación, restringiendo el ámbito de sus incumbencias[6].

No necesariamente debemos vincular el activismo judicial con una postura progresista o la autorestricción con el conservadurismo[7]. Es claro que toda actuación de los tribunales, activa o pasiva, significa un posicionamiento

---

remedios frente al litigio de derecho público, JA, 2006-II-1165; Courtis, Christian, Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos, JA-II-1215. Verbic, Francisco, Un nuevo proceso para conflictos de interés público, LL, 2014-F, 805.

[4] Gargarella se refiere a los argumentos que dan sustento a la potestad de control de la constitucionalidad de las leyes por parte del Poder Judicial. Explica que Hamilton, luego seguido por Marshall en el precedente "Marbury", sustentó dicha postura afirmando que en definitiva lo que hacían los jueces era hacer prevalecer la soberanía popular expresada en la Constitución, con lo cual no había un poder que reinara sobre el otro, sino del pueblo sobre todos los poderes. Gargarella, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de la leyes, Isonomia nª 6, p. 55.

[5] La noción de frenos y contrapesos entre las distintas ramas del poder, judicial, ejecutiva y legislativa, proviene de las ideas propuestas por los "padres fundadores" de la Constitución estadounidense y tiende a neutralizar la acción de las "facciones" evitando los excesos de las mayorías frente a los derechos de las minorías.

[6] Courtis, Christian, Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales, en Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí, Roberto Bergalli y Claudio Martyniuk (compiladores), Buenos Aires, Prometeo, 2003, p. 305.

[7] Courtis, Christian, Reyes desnudos. ob. cit., p. 321.

político, sea por acción u omisión. Cada una de las afirmaciones, así como la función del Poder Judicial en cuestiones de política pública, deberá ser ponderada en miras de un marco contextual en el que sea expresada[8].

Dicha afirmación, si se la tiene por válida, trae aparejados otros razonamientos. Ciertas argumentaciones que se enfocan en el apego a los precedentes, a la evolución social como fundamento de cambio o la tendencia de los jueces a interferir en las decisiones de los otros departamentos del Estado, resultan justificativos insuficientes para tomar una posición respecto de la legitimidad de la actuación del Poder Judicial, ya que habrá que analizar el sentido del cambio o la motivación del intervencionismo; tampoco dicha legitimidad puede medirse por el grado de uso de los mecanismos procesales que han sido creados para abrir o restringir el conocimiento de los jueces respecto de determinadas cuestiones -v.gr. cuestiones políticas o *certiorari*-, ya que siempre subyace el direccionamiento con que son utilizados.

La legitimación institucional del Poder Judicial no puede ser analizada en abstracto, sino sólo considerando el funcionamiento del sistema político y el contexto histórico en el cual se desempeñan los jueces, comparando su actuación con el análisis de la legitimidad de los demás poderes[9]. El rol activo del Poder Judicial, con una mayor impronta de avance e intervención, aparecerá sensato y justificado en un contexto de omisiones, ausencias, corrupción, falta de legitimación del accionar de los otros poderes representativos u obturación de los canales institucionales tradicionales[10].

Los mecanismos de diálogo entre los poderes, presentada la cuestión en estos términos contextuales, resultan espacios fundamentales para brindar la deferencia a sus ámbitos de actuación naturales y así evitar crisis institucionales.

Si bien es claro que, como principio, no corresponde al Poder Judicial el diseño de políticas de Estado, sino la tarea de confrontar las asignadas por los

---

[8] El caso "Dred Scott v. Sanford" 60 U.S. (19 Howard) 393 (1857) es un buen ejemplo en el cual la Corte norteamericana declaró inconstitucional un acuerdo interestatal de reconocimiento de libertad de los esclavos y fugitivos.

[9] Courtis, Christian, Reyes desnudos, ob. cit., p. 321.

[10] Señala Dworkin que resulta contraintuitivo hacer una división tajante entre derecho y política, de modo que el derecho se agota cuando cesan las convenciones y luego comienza la política: si fuera así, casi nunca se discutiría acerca de lo que dispone el derecho en los tribunales, ya que los casos que llegan allí son generalmente aquellos en que no hay una solución convencionalmente establecida. Dworkin, Ronald, Law´s Empire, Cambridge, Belknap Press, 1986, citado por Nino, Carlos, Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar en la igualdad y defender libertades, Siglo Veintiuno, 2013, p. 34.

poderes respectivos con los estándares jurídicos involucrados, tampoco es posible sostener que debe reinar la pasividad absoluta frente a voces que postulan su inadecuación. El camino del diálogo y las deferencias, que permita solventar las tensiones lógicas del caso una vez adoptada la decisión por el Poder Judicial pude ser presentado como una incitación escalonada. Comienza por su versión más tímida, que es el reenvío para la readecuación del conflicto por parte del poder encargado de hacerlo, reprochando el proceder o la omisión y poniendo la cuestión en la agenda correspondiente. Podrá avanzarse un poco más hacia un segundo escalón, cuando se crea conveniente, fijando las pautas mínimas a las que debe ceñirse la actividad reclamada.

En un tercer peldaño de mayor actividad, cuando exista una grave violación o falta de colaboración de los otros poderes que así lo justifique, el poder jurisdiccional debería avanzar en la determinación concreta de las medidas que considere necesarias, fijando la actividad a desplegar, controlando su cumplimiento y tomando decisiones coercitivas que permitan cristalizarla.

Lo que verdaderamente resulta insostenible es que, mediante la excusa del respeto irrestricto a la división de poderes, no se actúe aún frente a un contexto legitimante para hacerlo. En esas condiciones, el camino del abstencionismo conducirá a la jurisdicción a ser cómplice de la vulneración de los derechos. Claro que, ante la falta de dicho contexto o cuando la actuación judicial desborde cauces razonables, serán los otros poderes quienes deberían incitar al sendero dialógico.

Nos encontramos en un campo de tensiones constantes donde cada estamento debe rendir cuentas de la forma en que administra el poder que la ciudadanía le ha conferido.

El proceso colectivo: un diluyente de la objeción contramayoritaria.

Entre los diversos argumentos que se han utilizado para justificar la autorrestricción de los jueces, la objeción contramayoritaria es el que tiene mayor peso jurídico[11]. Este se sustenta en la representatividad política de la autoridad que toma la decisión, donde se confía en que la legitimidad del

[11] Bickel, Alexander M., The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics, New Haven, Yale University Press, (1986).

sistema político se apoya en la soberanía popular, por lo que debe preferirse el accionar de las autoridades electas por la voluntad mayoritaria antes que el de la autoridad tecnocrática de los jueces. Dicha preferencia se asienta, en esa misma línea de análisis, en las mayores posibilidades de control por parte del electorado a través de los canales del proceso político.

Un segundo argumento que se suele utilizar se enfoca en cuestiones funcionales, señalando la incapacidad de los tribunales de llevar a cabo tareas que implican el virtual reemplazo de las decisiones de órganos estatales. Afirman que el litigio no es el mejor ámbito para discutir cuestiones de política pública que pueden implicar priorizar objetivos, distribuir recursos, equilibrar intereses contrapuestos. También se aduce la falta de formación profesional de los jueces para resolver cuestiones que requieren conocimientos técnicos específicos e información sobre los hechos, aspectos para los cuales una agencia administrativa especializada estaría mejor preparada.

Hablar del carácter contramayoritario del Poder Judicial, como un desmedro a su autoridad para adoptar decisiones de esta especie, implica dar por sentado que los restantes poderes del Estado siguen las decisiones fijadas por la voluntad mayoritaria[12].

Courtis señala que esa afirmación contiene una exagerada influencia norteamericana, donde se da por descontada la regla de juego democrática y el relativo buen funcionamiento de las instituciones representativas; aspectos que no se verifican en Sudamérica, bien por la ausencia de democracias (o leyes dictadas por gobiernos de facto aún vigentes)[13], bien por la disfuncionalidad de las instituciones[14]. Para seguir al autor en esa afirmación –creemos- no será necesario tener pruebas irrefutables de sospechados contubernios; bastará analizar si la agenda legislativa refleja las necesidades de las mayorías, o pensar si se trata de abordajes temáticos pautados por los ritmos electorales. También podríamos reflexionar acerca de por qué la mentada agenda registra, muchas veces, la temática que en ella hace ingresar el sindicado como menos democrático de los poderes.

---

[12] Gargarella, Roberto, La dificultad de defender, ob. cit.

[13] Si miramos al pasado y su repercusión en el presente advertiremos que muchas normas nacionales de primer orden fueron dictadas por gobiernos no democráticos, sin sustento alguno de las mayorías eleccionarias.

[14] Courtis, Christian, Reyes desnudos, ob. cit., p. 307.

Es claro que la objeción contramayoritaria carece de relevancia cuando el Poder Judicial es llamado a resolver interferencias sucedidas en la actuación superpuesta de los otros dos poderes del Estado, o denominado conflicto de poderes, pues se patentiza que la no interferencia importa beneficiar la actuación de aquel poder acusado de extralimitarse.

La legitimidad representativa debe ponderarse en un contexto donde muchas veces aquellos que la han obtenido en las urnas la pierden en la función y los que nunca se han postulado como representantes –los jueces- la ganan con la aprobación generalizada de su obrar.

Sin embargo, los argumentos basales de esta discusión se centran en el conflicto existente entre los fundamentos de la democracia, en cuanto debe prevalecer la voluntad de las mayorías, y la validez de las correcciones o limitaciones que sobre aquélla realizan los jueces, con sustento en la primacía del orden constitucional, en defensa de las minorías y sin contar con el respaldo popular legitimador[15].

Recordemos que *El Federalista*[16] fomenta la idea de la representación como el mecanismo idóneo para el funcionamiento republicano. Madison asume la existencia de espíritus facciosos que corrompen la administración –movidos por una pasión común o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos- y que su ordenación, manteniendo a raya sus efectos, es la tarea principal de la legislación moderna. La democracia pura, agrega, no puede evitar los peligros del espíritu sectario; la república –un gobierno en que tiene efecto el sistema de representación- es el remedio a esos males[17].

Debe considerarse que la democracia es el gobierno que se ejerce por la discusión pública y no sólo por la imposición de las mayorías; el desacuerdo público es el instrumento esencial del gobierno popular y sólo la voluntad formada en un debate vigoroso y abierto debería recibir autoridad soberana. El

---

[15] Ely, John H, Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997; Cappelletti, Mauro, ¿Jueces legisladores?, Communitas, Lima, 2010, p. 147.

[16] Se trata de una serie de ensayos que se publicaron entre octubre de 1787 y mayo de 1788 en distintos diarios de Nueva York, bajo el seudónimo de "Publius". Lo hicieron para contrarrestar publicaciones que se oponían a la ratificación de la Constitución de Estados Unidos (Filadelfia, 1787). Luego de sancionada la Constitución surgieron diferencias, principalmente entre Hamilton –quien cuestionaba la estructura de autoridad establecida en el texto y defendía la idea de una soberanía absoluta de un gobierno general, de modo de extinguir los gobiernos estaduales, afirmando que dos soberanías no podían coexistir dentro de los mismos límites. Burt, Robert A., Constitución y conflicto, Edudeba, Buenos Aires, 2000, p. 80

[17] Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John, El federalista, Fondo de Cultura Económica, México, p. 38.

derecho a la oposición legalmente garantizado es, por tanto, una norma fundamental del gobierno democrático; la minoría no sólo defiende sus derechos con el proceso, sino que ayuda a corregir e instruir las decisiones de las mayorías. Los frenos de las minorías, antes que resultar sistemáticamente antidemocráticos y generar esa tensión con el constitucionalismo, también son aptos –dependiendo el modo en que sean utilizados y direccionados- para reforzar la idea misma de democracia y para producir o aumentar la libertad de las personas[18].

Se ha destacado que los frenos y contrapesos, *cheks and balances,* no favorecen la justicia dialogal, sino que se basan en una estructura obstruccionista, de control recíproco -una paz armada- entre mayorías y minorías que, en el mejor de los casos, logra enfriar las tensiones. La polifonía volitiva que actualmente se incorpora a la conversación constitucional no garantiza una mejor representación o legitimidad en la decisión; por el contrario, se verifica la sumatoria de voces no provenientes de demandas políticas, sino sostenedoras de intereses poco visibles que intentan manipular la cuestión antes que centrarse en el proceso deliberativo[19].

La legitimación de los jueces para tomar parte en estas cuestiones –en las que son puestos por los propios actores políticos- depende, en buena parte, del modo como construyen la decisión. Si trasladamos la discusión al contexto del proceso colectivo[20], considerando el modo en que ha sido fijado por los fallos de la Corte nacional, debemos considerar que la decisión adoptada por las autoridades representativas –usualmente legisladores- debería ser cribada, tamizada, analizada y debatida por diversos sectores vinculados a sus disposiciones. Este aspecto es vital y desde el ángulo del proceso puede ser canalizado bajo el prisma de la representación adecuada, donde necesariamente se abrirá la participación a la multipolaridad de intereses en juego.

---

[18] Holmes, Stephen, El precompromiso y la paradoja de la democracia, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, Constitucionalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 217 a 262

[19] Gargarella, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, en Gargarella (compilador), Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo Veintiuno, 2014, p. 119/158.

[20] Abram Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, Harvard Law Review, v. 89 (1976), 1312. Sabel, Charles - Simon, William H., Destabilizing rights ob. cit., p. 80/82.

Consiste en que la jurisdicción evalúe y controle que quien está actuando en el proceso sea un fiel representante, autopostulado claro, de los intereses del sector al que pretende defender o cuyos derechos intenta gestionar. Debemos estar seguros que la representatividad sea real, que no existan prerrogativas, argumentos o pruebas omitidos o solapados, de modo tal que ningún integrante de ese grupo pueda sostener que él o un tercero hubiera representado de mejor manera esos intereses. Se trata de la pauta más relevante de esta matriz procesal, que confiere validez constitucional a los litigios representativos.

Los jueces deben actuar en un litigio de política pública en el que las objeciones contramayoritarias se diluyan, demostrando que sus decisiones, aún cuando sean tomadas por funcionarios no electivos, dan necesariamente respuestas en sus fundamentos a las posiciones de los sectores mayoritarios y minoritarios. Ni más, ni menos, que un debate democrático.

En efecto, el proceso colectivo no puede ser desarrollado en el secretismo del expediente en el que sólo se considera el esfuerzo del particular y en el que el juez resuelve en la soledad de su despacho, dando satisfacción a las postulaciones y a los esfuerzos de personas que han actuado en forma personal; por el contrario, la decisión debe tomarse en un marco participativo –que de ningún modo es agotado por la adecuada representatividad- y debe ser sometida al escrutinio de todos[21].

La falta de idoneidad en este ámbito es natural y sólo puede ser removida con la capacitación, con el ejercicio y con la estructuración de un proceso que cuente con distintos instrumentos que, necesariamente, robustecerán la prestancia del fallo.

El Poder Judicial conforma uno de los estamentos que gobiernan el Estado y no cabe duda que los jueces, aun cuando deban fundar en derecho sus sentencias, son actores que toman decisiones políticas. El déficit actual de esta dinámica se centra en el modo en cómo se abre ese debate, en la definición de los estándares mínimos que deben respetarse para lograr una decisión legítima, con un fuerte anclaje constitucional, que definitivamente valide el obrar de la jurisdicción, antes que opacar su actuación.

[21] Verbic, Francisco, Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano, LL, 2014-A, 867.

En esas condiciones, que intentaremos describir a continuación, el litigio dialogal no sólo es apto para diluir las objeciones anotadas, sino que se presenta como el ámbito más adecuado para canalizar las tensiones democráticas en la discusión de la política pública

Estado actual de los instrumentos del litigio publico colectivo.

Dentro de este campo se deben incluir los avances habidos en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en la última década y tomando como bandera el saneamiento de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, ha tenido un marcado activismo en la generación de nuevos instrumentos que coadyuvan al trámite de los litigios colectivos vinculados a las políticas públicas que tramitan en su sede.

Mediante las acordadas 28/2004, 14/206 y 7/2013 incorporó la figura de los *amicus curiae*, definidos como actores sociales convocados a los litigios para pluralizar y enriquecer el debate constitucional y así fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por la Corte Suprema en cuestiones de trascendencia institucional[22]. El art. 2° de la Ac. 7/13 indica que "El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito. En el primer capítulo de su presentación fundamentará su interés para participar en la causa y deberá expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos, si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le representara -directa o mediatamente- beneficios patrimoniales."

La Corte decidirá en qué casos la actuación de los *Amicus* resulta necesaria y su actuación tendrá "… por objeto enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas. No podrá introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis, o que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos, ni versar

[22] Acordada 7/2013 de la CSJN.

sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes" (art. 4, Ac. 7/13).

Las audiencias públicas ante el Máximo tribunal fueron reglamentadas mediante la Ac. 30/07, también con la finalidad de "…elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República (…) permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal"[23]. Se prevén tres tipos de audiencias: informativa, conciliatoria y ordenatoria, que podrán ser convocadas con el voto de tres de sus integrantes. En la asistencia a las audiencias se dará prioridad para participar a las partes y a quienes ellas designen, también al público en general en la medida de las capacidades de la sala. Los jueces podrán interrogar libremente a los abogados, sin que ello implique prejuzgamiento. Las audiencias serán filmadas y grabadas, sus actas serán públicas y accesibles.

Con la Acordada 36/2009 creó la Unidad de Análisis Económico, su función principal es brindar opiniones fundadas sobre los posibles impactos macroeconómicos que pudieran derivarse de las decisiones que adopte el Alto tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional.

También se creó una Oficina de Justicia Ambiental, bajo la Superintendencia de la CSJN, que tiene entre sus funciones impulsar, coordinar y fortalecer la difusión de las decisiones e iniciativas vinculadas con la Justicia Ambiental a nivel nacional e internacional[24].

El Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante tribunales del Poder Judicial de la Nación, que funciona con carácter público, gratuito y de acceso libre, en el ámbito de su Secretaría General y de Gestión fue una de las últimas novedades. La Corte invitó a los superiores tribunales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a suscribir convenios para compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos[25]. Como anexo de la Acordada 32/14 se acompaña el Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos (RRPPC)[26].

---

[23] De los fundamentos de la Ac. 30/07.
[24] Acordada 1/2014.
[25] Acordada 32/14.
[26] Salgado, José María, Clase, certificación y registro de procesos colectivos, LL, 2014-E, 510.

En línea con estas innovaciones la Corte ha emitido fallos de carácter exhortativo decidiendo, por ejemplo, que los haberes por jubilaciones y pensiones debían contar con un índice de movilidad[27], que debía adecuarse el Régimen Penal de Minoridad a los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional[28], dispuso la declaración de inconstitucionalidad del Régimen de Subrogaciones establecido por el Consejo de la Magistratura[29], ordenó a un gobierno de un Estado Provincial la reposición en su cargo de un funcionario[30], reprochó la política habitacional de la Ciudad de Buenos Aires y la distribución de los recursos y esfuerzos destinados para solventar los derechos de personas de necesidades extremas[31], entre otros.

Ciertamente, el *leading case* que ha servido como faro de las innovaciones en el Máximo tribunal, ha sido el proceso destinado al saneamiento de la cuenca hídrica más contaminada de esta parte del planeta[32], donde ha recurrido a diversas propuestas para avanzar en la composición de una vergonzosa realidad. La Corte se mostró extremadamente diligente en el desarrollo de un proceso ágil y dinámico, que fue llevado adelante en tiempos sumamente acotados, no en comparación con este tipo de causas, sino incluso en relación a los procesos tradicionales. El objetivo fue trazar un plan de saneamiento, garantizar la transparencia y la participación de terceros interesados y la convocatoria a audiencias públicas –que fueron cuatro- para la discusión del plan gubernamental para trabajar sobre la cuenca. El proceso se llevó adelante con un manejo alejado de las formalidades, en el que los plazos y los estándares de prueba se ajustaron a las necesidades de la discusión[33].

El Tribunal se constituyó a sí mismo como un agente supervisor del cumplimento del plan remedial. Delegó la ejecución en otro magistrado a efectos de dinamizar la gestión, con mayor inmediación respecto de los

---

[27] CSJN, 8/8/06, "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS", Fallos 329:3089.
[28] CSJN, 2/12/08, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina", G. 147. XLIV.
[29] CSJN, 23/5/07, "Rosza, Carlos A. y otro s/ rec. de casación" Fallos 330:2361.
[30]CSJN, 20/10/09, "Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz", LL, Sup. Const. 2009 (noviembre), 75.
[31] CSJN, 24/04/2012, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Fallos 335:452.
[32] "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo" en las distintas intervenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
[33] Bergallo, Paola, La causa "Mendoza": una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud, en Gargarella (compilador), Por una justicia dialógica. ob. cit.. 245/291.

afectados; creó una agencia –Autoridad Cuenca Matanza Riachuelo (Acumar) - para el mejoramiento y la coordinación de la implementación del plan y el monitoreo e inspección de las empresas asentadas en la cuenca; dispuso que el control externo de la sentencia, en lo relativo al flujo de fondos, fuera efectuado por organismos públicos –Auditoría General de la Nación- y organizaciones no gubernamentales; creó un Cuerpo Colegiado, coordinado por el Defensor del Pueblo de la Nación e integrado por diversas ONG presentadas como terceros en la causa, con el objeto de brindar un nuevo ámbito de participación a la sociedad civil, recoger sugerencias de la ciudadanía, recibir información actualizada y formular planteos concretos ante la Acumar para el mejor logro del propósito buscado[34]. Se ha destacado que esta combinación de mecanismos de seguimiento para la trasparencia, la participación y la rendición de cuentas ha generado una serie de estímulos recíprocos entre la actuación del juez sobre el que se delegara el cumplimiento y el Máximo tribunal[35].

Estándares para el proceso de política pública.

Las propuestas descriptas fueron determinantes en los casos en los que fueron aplicadas, evidentemente la solución hubiera sido sustancialmente distinta sin la perspectiva aperturista que los mecanismos anotados brindaron. Sin embargo, como es el resultado del esfuerzo particular en casos determinados, existen una enorme cantidad de interrogantes hacía el futuro. Algo lógico, si se considera que no es la finalidad primordial de la Corte Suprema el diseño de sistemas procesales de resolución de conflictos.

La propuesta debería ser legislativa y tener como centro las variables y necesidades del conflicto en torno a la diagramación de la política pública. También debería ser consistente y razonada, de modo de poder trasladar los instrumentos necesarios para resguardar los principios y garantías involucrados en este subsistema en particular. La seguridad jurídica está en juego en esa tarea. Su aspecto más débil, actualmente, es la carencia de reglas claras, conocidas de modo previo a que el litigio de política pública empieza a avanzar. Reseñaremos ahora, a modo de conclusión de esta ponencia general, una

[34] Verbic, Francisco, Un nuevo proceso para conflictos de interés público, LL, 2014-F, 805.
[35] Bergallo, Paola, La causa “Mendoza”, ob. cit., p. 264.

serie de aspectos que deben considerarse a la hora de pensar un litigio colectivo para los conflictos de política pública:

i) Un reclamo crónico es la sanción de una ley de procesos colectivos[36], que permita delinear de modo uniforme los institutos más relevantes de la tutela representativa.

ii) Las voces de todos los sectores involucrados que hagan llegar de modo transparente y sin distorsiones los intereses comprometidos, como lo explicamos previamente, se logrará mediante el control de la representación adecuada, eje mediante el cual se estructura el debate en el marco de los procesos colectivos y que parece ser el mejor catalizador de los reclamos grupales, comunitarios, sectoriales e, incluso, gremiales que confluyen en cuestiones de política pública[37]. Dicha representatividad comprende, también, la evaluación de la idoneidad de los abogados de cada sector ya que, en muchas ocasiones, son quienes impulsan este tipo de procesos y toman las decisiones determinantes en su direccionamiento. Sin embargo, sin la ley que fije esos estándares a evaluar, que indique el modo y el tiempo en que dicho control procede, obliga a los operadores a avanzar a tientas, intentando aprender sobre la marcha aquello desconocido[38].

iii) La publicidad sobre la existencia del proceso, la notificación a las entidades más representativas involucradas en la cuestión a debatir, la convocatoria o admisión de terceros y la estructuración de un debate plural y público, conforma también una garantía que permite la oponibilidad general –como habitualmente sucede en estos casos- de la decisión. Al tratarse de una cuestión de interés público no habrá posibilidad de que personas determinadas se excluyan de la eficacia de la sentencia (*opt out*) y hagan un juicio individual. El objeto es indivisible, aquello que no se incorpore en las instancias introductorias o de debate quedará fuera de las incumbencias del litigio y, si

---

[36] Salgado, José María, Legislar los procesos colectivos, Revista de Derecho Procesal, Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales, 2013 - 1, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 211/252; Proyecto para legislar los procesos colectivos. Revista Derecho Privado, año II, n° 7, Infojus, p. 153/171; Verbic, Francisco, Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva en la República Argentina, en Salgado, José María (dir.), Procesos colectivos y acciones de clase, Cathedra Jurídica, 2014, p. 145/174.

[37] Ya habíamos señalado la pertinencia del sistema colectivo como diluyente de la objeción contramayoritaria en Salgado, José María, Tutela individual homogénea, Astrea, 2011, p. 136/137.

[38] Mosmann, Victoria, Los procesos colectivos en Argentina y los proyectos de reforma. Representatividad adecuada y rol del Ministerio Público, en Salgado, José María (dir.), Procesos colectivos ob. cit., p. 207/223.

ello ocurre y se trata de un aspecto sustancial que modificaría la decisión, tendremos un serio problema de legitimidad del pronunciamiento jurisdiccional, echando por tierra los fundamentos teóricos que lo justifican.

iv) Existen infinidad de mecanismos comunicacionales para lograr pluralidad, control social y transparencia y no siempre será necesaria la presencia de la personas en la sala de audiencias. La transmisión del contenido se logra, de modo más eficiente y en tiempo real, por los portales oficiales de Internet, como ya se ha hecho en algún caso.

v) El enriquecimiento de la discusión mediante la admisión del *Amicus curiae* o con dictámenes de oficinas especializadas en aspectos o derivaciones relevantes del proceso, constituyen elementos legitimantes del pronunciamiento. Lógicamente su incorporación no debe ser una regla, sino una herramienta a utilizar en los casos en que el conflicto lo amerite.

vi) Todas las manifestaciones de los sectores involucrados, así como los dictámenes u opiniones de aquellos que participen del litigio deben formar parte de los fundamentos de la decisión, sea para tomarlos o para desecharlos. No pueden ser solapados, ignorados o pasados por alto. El sentido aperturista del proceso no es una puesta en escena sino una necesidad para lograr una solución aceptable.

vii) Debe preverse la posibilidad de reencauzar ciertos procesos individuales o litisconsorciales a la estructura colectiva que estamos analizando, ya que muchas veces la decisión de un conflicto que, en apariencia, puede ser resuelto en forma aislada, por la importancia del tema que se decide, por su trascendencia, define los intereses públicos colectivos de terceros que no han tenido noticia alguna de ese pleito.

viii) El rol del juez difiere del tradicionalmente adoptado en los procesos bilaterales, sean individuales o litisconsorciales. Desde el comienzo, al tratarse de un conflicto multipolar debe involucrarse en la gestión del proceso. Considerar que no se ha excluido a un sector involucrado en el conflicto; que existe una adecuada representación de cada uno de los grupos, una fidelidad entre lo postulado y los reales intereses en juego; debe estar atento a los avatares de la causa de modo de buscar la mejor gestión posible; establecer –como lo ha hecho la Corte- los procedimientos a seguir, la medidas preventivas que impidan la repetición o complicación de las pruebas o argumentos; ordenar

cuáles serán las comunicaciones que deben cursarse; imponer condiciones a los representantes de los grupos, requerir que sus reclamos o alegaciones sean modificadas o eliminadas para cubrir posibles cuestionamientos sobre su representatividad, entre otras muchas cosas[39]. Negar esta realidad es exponer una estructura compleja y costosa a un fracaso estrepitoso. El juez pasa a ser un conductor del proceso pues debe gestionarse los elementos necesarios para poder llegar a una decisión motivada, que pueda ser aceptada aún cuando se esté en desacuerdo con su resultado. Debe garantizar la eficacia del método para resolver la controversia[40].

ix) Las reglas vigentes, que imponen un estricto sistema preclusivo, deben ser modificadas. La dinámica del conflicto puede hacer necesario revisar el contenido de las pretensiones, incorporar nuevas pruebas, integrar la relación procesal con sujetos omitidos, redefinir la clase –a veces dividirla o recalificarla-, reformular el grado de representatividad, etc. La propia esencia del debate plural, que legitima este mecanismo, impone alejarlo de esquemas que limiten sus posibilidades. Su valor como herramienta del juego democrático se basa en esa condición. Ello no implica, claro está, que se viole ningún principio constitucional, sino que se adapte el sistema respetando las garantías del debido proceso.

x) ¿La Corte Suprema de Justicia de la Nación debe ser el tribunal que con exclusividad se ocupe de llevar adelante este tipo de causas? ¿Quién revisará sus decisiones? ¿Es ese el rol que debe cumplir? ¿Tiene una capacidad de recepción suficiente? ¿Existe algún impedimento constitucional para que la actuación de Poder Judicial se atomice y pluralice? El análisis de estos interrogantes conduce a la conclusión de que la sustracción de la exclusividad de los procesos colectivos de política pública del seno del Máximo tribunal es necesaria. Máxime contando con estructura vertical de control de las decisiones. Sólo habrá que determinar en qué casos los recursos son viables, y si debe dejarse la vía extraordinaria como camino casi exclusivo, ya que no parece sensato esperar a la decisión final para obtener una convalidación en

[39] Nos hemos limitado a referir las condiciones previstas en la Regla 23 del procedimiento federal estadounidense con la sola finalidad ejemplificativa.
[40] Taruffo, Michele, El proceso adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva, Bogotá, Temis, 2008, p. 166.

una etapa preliminar o intermedia –el auto de certificación del pleito parece ser el momento adecuado-.

xi) Eliminar la total discrecionalidad respecto a qué cuestiones deben ser incluidas bajo un tratamiento dialogal. La ausencia de un sistema que cobije este tipo de litigios es, en parte, una de las razones que justifica esta situación. Receptada una cuestión que implique el análisis jurisdiccional de algún aspecto vinculado a las políticas públicas, no debería existir mayor controversia, a la luz de todo lo que hemos señalado en esta ponencia, para que sea el mecanismo dialógico el ámbito adecuado para abordar el conflicto.

xii) El cumplimiento y ejecución de las decisiones, en muchos casos, no se ajusta a un sistema de condena y control, sino a la implementación progresiva de ciertos objetivos que, incluso, pueden ser modificados en su desarrollo. El esquema escalonado, cuando se exhorta a otro poder, ya fue descripto. A ello podemos sumar, cuando se trata de la ejecución de un plan de acción, la incorporación de mecanismos que se ajusten a los objetivos trazados en él, como la creación o delegación en órganos de coordinación, implementación e información; generación de ámbitos propios de participación; imposición de mecanismos que aseguren la transparencia mediante auditorias y controles. Todo dentro de un marco de estricta publicidad que asegure el control comunitario.

Post scriptum

Existe un presupuesto que proviene del funcionamiento de la estructura del Estado y que, inevitablemente, se hace presente dentro de la justicia dialogal. Se trata del cuestionamiento a que un tribunal sea intérprete final de la Constitución. Los jueces, señala Cover, son gente de violencia. No se caracterizan por crear derecho, sino por destruirlo. El cargo que ocupan es jurispático: ante el exuberante florecimiento de un centenar de tradiciones legales, su tarea es la de afirmar que sólo una es derecho y destruir o tratar de destruir el resto. Los jueces también son gente de paz, pues aseguran la función regulativa que permite una vida de derecho antes que de violencia. El

grado de violencia que pueden ordenar (pero que generalmente no ordenan) constituye la medida del grado de paz que establecen[41].

Posicionarse en ese rol implica restarle importancia a la idea de elaboración conversacional de la solución. La pregunta que debemos formularnos es en qué medida seremos capaces de respetar la lectura de la constitución que comunitariamente se haga en el proceso dialógico o en qué medida impondremos sobre ella el poder coercitivo que ejercen los jueces fijando una solución determinada.

La construcción social de un significado jurídico dentro de la vida democrática, enseña Alvarez Ugarte siguiendo a Cover, genera un compromiso de esa comunidad de vivir bajo esa regla cuyo significado ha sido decodificado mediante la lectura y la discusión colectiva. Cuando este fenómeno sucede, la comunidad interpretativa se compromete con un significado que el Estado rechaza y aparece la violencia como resultado posible y probable. En tal sentido el pluralismo tiene sus límites en aquellas concepciones –o mundos normativos- que el Estado acepta y está dispuesto a defender por medio de la violencia, negando la posibilidad de construir una comunidad democrática y persuadiendo a sus miembros sin recurrir a esa amenaza[42].

La Corte, o cualquier otro tribunal, al cerrar la discusión con la palabra final, se posiciona en un plano de desigualdad respecto de los sujetos que participan del debate y asume un discurso autoritativo en su implementación que impone una solución y modifica el resultante del proceso colectivo. Alvarez Ugarte, toma las premisas de Cover aunque sin llegar a sus conclusiones más extremas, y señala como deseable la reducción de la coerción al mínimo indispensable[43].

Es cierto, como lo ha señalado Jackson, que la Corte no es el intérprete final de la Constitución por ser infalible, sino que es infalible por ser el último intérprete[44]. Sin embargo, no debemos olvidar que cuando discutimos sobre política pública buscamos elaborar un programa que determine nuestras

---

[41] Cover, Robert, Derecho, narración y violencia. El poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial. (originalmente Nomos y narración, en Harvard Law Review 97:4), Barcelona, Gedisa, p. 88.

[42] Álvarez Ugarte, Ramiro, La aporía y el diálogo en la adjudicación constitucional, en Gargarella (compilador), Por una justicia dialógica. ob. cit., p. 322/335.

[43] Álvarez Ugarte, Ramiro, ob. cit., p. 325.

[44] Brown vs. Allen, 344 U.S., p. 443, 540 (1953).

condiciones de vida, que está sujeto a un constante escrutinio y debe ser revisado diariamente, ello nos impide hablar de falibilidad y nos obliga a pensar en términos de justificación democrática; estrategia de cierre a la que sólo se llega mediante un diálogo real que haga replantear las posiciones de los grupos involucrados[45].

[45] Álvarez Ugarte plantea la cuestión de lo que denomina un diálogo significativo que sea capaz de producir cambios de preferencias en los actores involucrados. Álvarez Ugarte, Ramiro, El constitucionalismo popular y los problemas de la "última palabra": apuntes para un contexto latinoamericano, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 1, p. 71/121.