XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
En homenaje a los Dres. Enrique M. Falcón y Pedro J. Bertolino
"Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales".
San Salvador de Jujuy, 10, 11 y 12 de septiembre de 2015,
Comisión 3: Derecho Procesal Constitucional
"Procesos colectivos y políticas públicas"

DRA. CLAUDIA B. SBDAR*

I. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO COLECTIVO.

La reforma constitucional de 1994 incorporó al Texto Fundamental los derechos de incidencia colectiva. El primer paso en la tutela de este tipo de derechos ha sido dado con el reconocimiento constitucional de los mismos. Los arts. 41 y 42 CN establecen los derechos de incidencia colectiva a un ambiente sano, el del usuario, consumidor y a la defensa de la competencia. Por su parte, la norma del art. 43 CN prevé la tutela del amparo colectivo para los referidos derechos, para el derecho a la no discriminación y para todos los derechos de incidencia colectiva en general.

Ante el reconocimiento constitucional de un derecho, su titularidad es inmediata. Sin embargo, se necesita de las garantías que le proporcionan seguridad, las que a veces están en la propia Constitución o en leyes procesales, e incluso puede ocurrir que no estén normativamente previstas, sin que tal circunstancia sea capaz de enervar su vigencia, toda vez que la previsión constitucional de un derecho, lo torna directamente operativo. Así ocurrió con el amparo, cuando la Corte Suprema de Justicia señaló en el sonado caso "Siri"[1] que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué casos y con

*Con la colaboración del Dr. Oscar Flores, relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.
1 "Siri Ángel s/Interponer recurso de hábeas corpus", 27/12/57, *CSJN – Fallos*, 239:461.

qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, como dice el art. 18 de la Constitución, a propósito de una de ellas[2].

Cuando se encuentra lesionado o amenazado de lesión un derecho de incidencia colectiva, su protección demanda de un modelo de proceso diferente al individual que facilite el acceso a justicia de quienes pretenden la tutela. Su implementación no es fácil. El perfil del proceso individual, marcado por el significado de la legitimación y la extensión de la cosa juzgada, consecuencia de una filosofía esencialmente individualista, típica de nuestro sistema de derecho del civil law, se encuentra profundamente enraizado en la visión que sobre el mismo hemos desarrollado desde una perspectiva cultural; asimismo el proceso colectivo presenta sustanciales modificaciones respecto del individual, antes de su iniciación (amplitud en materia de legitimación), durante su tramitación (el número de personas que forman parte del grupo puede ser abierto) y después de dictada la sentencia de fondo (alcance subjetivo de la res iudicata)[3]. Pero en nuestros días, el abanico de conflictos que reclama soluciones del órgano jurisdiccional trasciende el modelo clásico individual. Se plantean nuevas situaciones que comprometen o afectan a un haz de intereses y derechos que, a su vez, contienen intereses subjetivos de las personas y de entes colectivos o de grupo. El menoscabo, desorbitación, amenaza o cualquier otra forma de afectación de tales intereses colectivos desborda los cauces del proceso románico y demanda una técnica instrumental adecuada a los rasgos definitorios de los intereses comprometidos. Si lo que está en riesgo es el derecho metaindividual, transindividual o supraindividual e indivisible de un grupo de personas, su tutela no puede canalizarse útilmente a través del proceso individual. En síntesis, los conflictos de masa reclaman una acción colectiva[4]. En palabras de Quiroga Lavié, se trata de una indispensable transformación del debido proceso legal individual a un debido proceso que esté en condiciones de atender las necesidades de lo colectivo[5].

---

[2] Sbdar, Claudia B, *Juicio de amparo colectivo*, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 22.

3 Morello, Augusto M. – Cafferatta, Néstor, *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 134.

[4] Morello, Augusto M. – Sbdar, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos. Hacia una tutela eficiente del ambiente*, Lajouane, Buenos Aires, 2007, p. 18.

[5] Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 8.

Para la protección de los derechos de incidencia colectiva, el art. 43 de la Constitución incorporó el amparo colectivo. Sus particularidades, originadas en el objeto de la tutela: derechos colectivos sobre bienes colectivos y derechos colectivos referente a intereses individuales homogéneos, sustancialmente conciernen a la ampliación de los legitimados para promover el proceso y, consecuentemente, a los alcances subjetivos de la cosa juzgada de la sentencia. Consecuentemente los presupuestos que la CN establece para la procedencia del amparo individual –arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, actualidad o inminencia de la lesión y certeza del derecho comprometido– deben verificarse en el amparo colectivo, pero su observancia habrá de juzgarse desde una perspectiva compatible con la peculiar naturaleza de la tutela colectiva, la que se origina en la expansión propia del daño[6].

II. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.

Bartolomé Mitre hizo la primera mención –en la Convención de 1860– a los derechos que se le reconocen a la sociedad como "ente moral o colectivo". Es esa referencia el primer antecedente local que se tiene de lo que modernamente se ha dado en denominar, en sentido amplio, *derechos colectivos*[7]. Estos han sido clasificados en difusos, colectivos e individuales homogéneos por la primera ley brasileña de 1990 sobre acción colectiva, el Código del Consumidor de Brasil en su art. 81. También el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica adopta el referido criterio de clasificación.

Los derechos difusos han sido definidos como aquellos que pertenecen a todos en la comunidad y al mismo tiempo no pertenecen a nadie en particular: el derecho al aire, al paisaje, a un medio ambiente sano, a la calidad de vida, etc. Sus ejemplos más patentes se dan en la tutela del medio ambiente y del consumidor.

---

6 Morello, Augusto M. – Sbdar, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos*, cit., p. 31. No es posible siempre exigir al actor de este proceso, como al de un amparo individual, un pormenorizado relato de los hechos y una precisa descripción de los daños toda vez que, en algunos casos, puede no manejar suficientemente la información técnica del caso. Respecto de la admisión de las pruebas, el temperamento ha de ser amplio y, también, en cuanto a la valoración de los hechos y las pruebas por la complejidad que, muchas veces, ofrece la acreditación, sobre todo cuando los elementos de prueba se encuentran en poder de la parte demandada.

7 De la Rúa, Fernando – Saravia Frías, Bernardo, “Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal”, LL, 2009-C, 247.

Pertenecen a personas indeterminadas unidas por circunstancias de hecho (habitar en el mismo espacio, vivir en una misma ciudad o ver el mismo programa de televisión)[8]. Según Pellegrini Grinover, se trata de derechos metaindividuales e indivisibles y son los que no reconocen vínculo jurídico entre las personas pertenecientes al grupo que defienden esos mentados intereses que se identifican entre sí por circunstancias de hecho contingentes y variables, como las de pertenecer a la misma región o al mismo barrio, participar en ciertos emprendimientos y/o consumir determinados productos[9]. Robert Alexy los denomina "no distributivos"[10]. Los derechos colectivos han sido considerados transindividuales como los difusos. Difieren de ellos porque los miembros del grupo están ligados entre sí o con la contra parte, por una relación jurídica previa. Por ejemplo, las personas clientas de un banco que cobra gastos administrativos ilegales.

Precisa Hitters que tanto en los difusos como en los colectivos propiamente dichos se encuentran dos características comunes, la supraindividualidad y la indivisibilidad, lo que significa que los pretensores se encuentran unidos por cierta característica común, esto es, que la satisfacción de la pretensión de unos implica idéntico resultado para todos; lo mismo que la lesión de uno se extiende de hecho a la totalidad de la comunidad[11].

Los derechos individuales homogéneos, a diferencia de los difusos y los colectivos, fueron conceptualizados como derechos individuales subjetivos cuya particularidad radica en que derivan de un origen común, sea de hecho o de derecho, y dan lugar a una acción colectiva por daños individuales. Se trata de un daño sufrido por muchos que repercute de distinta manera en cada uno de los damnificados, aquel que en Estados Unidos ha sido denominado "*masive tort litigation*". Si bien hay una multiplicidad de daños individuales que se traducen en derechos subjetivos, exclusivos e individuales de cada uno de los afectados,

---

[8] Morello, Augusto M. – Sbdar, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos*, cit., p. 21.

9 Pellegrini Grinover, Ada, "Acción de amparo colectiva (Mandado de segurança)", en *Revista de Derecho Procesal Nº 4*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 205.

10 Alexy, Robert., Laudatio con motivo del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 11 de Octubre de 2008.

[11] Hitters, Juan Carlos, "Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos", en *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados*, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005, p. 80.

pueden acumularse o concentrarse en un solo reclamo de tutela porque tienen origen en un mismo hecho dañoso, dando lugar a una sola sentencia comprensiva de todas las situaciones análogas que evita un dispendio inútil de actividad jurisdiccional[12].

La violación de un derecho de incidencia colectiva sobre bienes colectivos puede derivar además en la violación de derechos individuales de todos o de algunos de los miembros del grupo. Se trata de derechos individuales aunque accidentalmente colectivos. Se denominan derechos homogéneos porque tienen la misma causa, lo que hace posible su tutela en un proceso colectivo y el dictado de una sentencia para todos. Se incluye aquí la reparación del daño personalmente sufrido en virtud de relaciones de consumo o de perjuicio ecológico[13]. Del mismo modo una publicidad engañosa, la emisión de gases tóxicos a la atmósfera o la alteración contractual ilegítima (cargos indebidos), la contaminación de acuíferos, la lesión al patrimonio cultural o artístico, suponen violaciones de derechos colectivos que pueden acarrear daños a la esfera individual que por su origen común pueden ser considerados homogéneos. La amplitud del concepto cobija a los denominados conflictos repetitivos, que dan lugar a procesos seriados, una de cuyas características distintivas es la gran dispersión de los actores. Por caso, demandas de contribuyentes por la inconstitucionalidad de normas fiscales, de jubilados, beneficiarios de obras sociales, etcétera[14].

La tutela colectiva ha sido dispuesta por el constituyente para todos los derechos de incidencia colectiva, de modo que la mención de los derechos a un ambiente sano, de la competencia, del usuario y consumidor y a la no

---

[12] Morello, Augusto M. – Sbdar, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos*, cit., p. 22.

[13] Pellegrini Grinover, Ada, "Acción de amparo colectiva…", cit., p. 205.

14 Berizonce, Roberto, "Sobrecarga, misión institucional y desahogo del sistema judicial", en *El papel de los Tribunales Superiores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 445-446. Un ejemplo de este modelo de acción colectiva se produjo con las demandas de amparo deducidas por el llamado corralito financiero, las que, de haber sido acumuladas para evitar el dictado de sentencias contradictorias, hubieran sido la base de un megaproceso por la pluralidad de actores que coinciden en la afectación. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., "Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal" LL, 2005-B, 1393. Otros ejemplos claros son aquellos en los que se reclama la provisión de medicamentos, el derecho a condiciones dignas de detención, la repetición de cobros indebidos a usuarios de servicios públicos, el cumplimiento de planes de cobertura en servicios médicos prepagos, etc. Cfr. Sigal, Martín, "Los derechos de incidencia colectiva y su relación con los derechos individuales y colectivos", JA 2006-II-1191.

discriminación es *enunciativa*, toda vez que la norma constitucional emplea la frase "derechos de incidencia colectiva en general". Ello significa que la tutela constitucional no puede estar limitada a la protección exclusiva y excluyente de los derechos mencionados en forma explícita en el art. 43 CN[15]. La reforma constitucional de 1994, al apoyarse en esta noción para la construcción del amparo colectivo, formuló una enumeración meramente indicativa, no cerrada ni número *clausus* de los supuestos objetivos más frecuentes de procedencia[16].

La CSJN en la causa "Halabi"[17] distingue tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. La sentencia de la referida causa ha delineado los requisitos de la acción de clase hasta su pronunciamiento, ajena al derecho argentino, constituyendo un gran aporte del Máximo Tribunal a la eficacia de los derechos de incidencia colectiva reconocidos en la Constitución de 1994.

Los derechos individuales son ejercidos por su titular y ello no cambia por la circunstancia de que estén numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del art. 43 de la CN en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

---

[15] Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, cit., p. 211.
[16] Carnota, Walter F., "Derechos de incidencia colectiva en general" LL, 2003-B-281.
[17] *CSJN – Fallos* 332:111. "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986".

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 CN) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos que resultan prevalentes. La petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, es indivisible y no admite exclusión alguna. Estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas ya que ello implicaría que si se determina el sujeto en el proceso, éste sería el titular, lo cual no es admisible, y tampoco hay una comunidad en sentido técnico, puesto que la misma importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen por cotitularidad. No pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. Además, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos son admitidos en el segundo párrafo del art. 43 CN. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por la tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Este dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la

demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en el se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Para el Máximo Tribunal la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derecho individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección (entendido como el de la sociedad en su conjunto), sea por su trascendencia social (como el ambiente, el consumo o la salud) o en virtud de las particulares características de los sectores afectados (tradicionalmente postergados o débilmente protegidos). Sostuvo que es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del art. 43 CN, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (Cfr. Consid. 19 de la sentencia “Halabi”)[18].

En síntesis, en el derecho argentino existe un sistema de acciones colectivas que tiene pluralidad de fuentes y que puede ser presentado, señala Lorenzetti, de la siguiente manera: 1. Acciones colectivas referidas a bienes colectivos: son admisibles con base en la Constitución Nacional y la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia en las causas “Mendoza” y “Halabi”; 2. Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos no patrimoniales: son admisibles con base en la Constitución Nacional y la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia en la causa “Halabi”; 3. Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales en las relaciones de consumo: son admisibles conforme al régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 54, ley 26.361); 4. Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos

[18] Cfr. Sbdar, Claudia B, *Juicio de amparo colectivo*, cit., p. 51.

patrimoniales: no es admisible cuando no se trata de una relación de consumo, aunque ésta es un área que puede desarrollarse[19].

III. PROCESO COLECTIVO: GARANTÍA PROCESAL – INSTRUMENTAL.

El amparo colectivo, como el individual, configura también una garantía constitucional procesal–instrumental, desde que este tipo de amparo, previsto en el segundo párrafo del art. 43 CN, participa de la definición del amparo general, previsto en el primer párrafo de la norma citada. Sus particularidades, originadas en el objeto de la tutela: derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos[20], sustancialmente conciernen a la ampliación de los legitimados para promover el proceso y, consecuentemente, a los alcances subjetivos de la cosa juzgada de la sentencia.

El ordenamiento jurídico argentino cuenta con un mecanismo de tutela de los derechos de incidencia colectiva, previsto en el mismo Texto Constitucional, que será operativo cuando el caso reúna los presupuestos establecidos en el primer párrafo del art. 43 CN y tramitará, en el orden jurisdiccional federal o provincial, por el procedimiento reglamentado por una ley nacional o leyes o códigos de provincias. En tal sentido, en el amparo colectivo también se debe demostrar la existencia de un acto u omisión, del Estado o de un particular, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta un derecho de incidencia colectiva, para cuya impugnación no existiera un medio judicial más idóneo[21]. Tales ordenamientos pueden establecer un nivel de protección más alto al previsto en el Texto Constitucional federal, pero nunca inferior toda vez que aquél configura un piso o límite inferior en los grados de tutela[22].

Dicho de otro modo, para que sea viable el amparo colectivo del segundo párrafo del art. 43 CN deben encontrarse cumplidas las exigencias del primer

---

19 Lorenzetti, Ricardo, *Justicia Colectiva,* Rubinzal - Culzoni, Santa Fe*,* 2010, p. 23.

[20] Conforme doctrina de *CSJN – Fallos* 332:111, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986".

[21] Safi, Leandro K., "El amparo como trámite para el conflicto colectivo", *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados*, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005, p. 122.

[22] Lago, Daniel H., "La ley general del ambiente (ley 25.675) y sus reglas procesales. Reflexiones sobre su constitucionalidad", *JA*, 2003-III, Doctrina, p. 1279.

párrafo de la misma norma y consecuentemente corresponde al actor la demostración de tales extremos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "la incorporación de intereses generales o difusos a la protección constitucional, en nada enerva la exigencia de exponer cómo tales derechos, que se ven lesionados por un acto ilegítimo o porque existe seria amenaza de que ello suceda, a los efectos de viabilizar la acción de amparo"[23].

Sin embargo, no pasan inadvertidos los rasgos particulares de este tipo de amparo. Así, por ejemplo, destaca Rivas que el concepto de amenaza se debe manejar con mayor amplitud y aceptarse aun cuando pareciera de efectos lejanos, pues por lo general –especialmente en materia de derechos difusos– no cortar a tiempo la tarea lesiva puede significar la profundización de la gravedad del daño y tornar más dificultosa su reparación ulterior[24]. Los presupuestos que la Constitución Nacional establece para la procedencia del amparo individual –arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, actualidad o inminencia de la lesión y certeza del derecho comprometido– deben verificarse en el amparo colectivo, pero su observancia habrá de juzgarse desde una perspectiva compatible con la peculiar naturaleza específica de la tutela colectiva, la que se origina en la expansión propia del daño[25].

Los rasgos tipificantes del proceso colectivo han sido indicados como una de las manifestaciones de los avances de los nuevos tiempos en materia procesal. Entre ellos, Morello señala: a) el reconocimiento –prudente pero real– de los poderes del juez, asistido por el control imprescindible de los abogados de parte; b) la flexibilización de los principios procesales; c) el encumbramiento de los principios de economía y concentración procesal; d) la anticipación de la tutela, el auge de los procesos urgentes, de la cautela material que posibilita la satisfacción inmediata de prestaciones ante necesidades que no pueden esperar (autosatisfactivas); e) en materia probatoria el ascenso y reconocimiento de nuevos registros para el tratamiento de la carga de probar, a partir de la necesidad de consagrar un deber de

[23] *CSJN – Fallos* 321:1353, "Consumidores Libres Coorperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria c/ Estado Nacional-decreto 702/95" (07/5/1998).
[24] Rivas, Adolfo A., *El amparo*, La Rocca, Buenos Aires, 2003, p. 754.
[25] Morello, Augusto M. – Sbdar, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos*…, cit., p. 31.

colaboración y atender a las denominadas cargas dinámicas; f) la renovada clasificación de las clases o categorías de procesos, ateniéndose a la dimensión constitucional, social y transnacional de las pretensiones, sus objetos, características y límites; g) a la irrupción de los procesos colectivos y los de prueba difícil; h) a la reformulación de los criterios interpretativos, que se guían por las consecuencias valiosas que de ellos se sigan y que permiten la pulsación de un derecho no paralizante; i) la cobertura social y eficiente de los Derechos del Hombre a través de garantías fuertes y expeditas, que propician los progresos del Derecho Comparado y la jurisprudencia de las Cortes Transnacionales; j) la simplificación de las formas procesales, con proscripción del exceso ritual y el abuso de la Jurisdicción[26].

La legitimación pasiva y activa amplia que exige la defensa de los intereses colectivos rompe todas las normas del debido proceso tal y como éste fue entendido por el derecho tradicional. Por encima de sus ritualismos, el nuevo derecho impone el sentido de una justicia sustancial. Cuando están en juego intereses de incidencia colectiva, el proceso debe adaptarse a las superiores necesidades de justicia, bajo pena de que, de no hacerlo así, se tornen meras declamaciones las normas de rango constitucional que imponen la protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado[27].

Debe advertirse que la tarea de implementar un proceso colectivo no es fácil porque el perfil del proceso individual, marcado por el significado de la legitimación y la extensión de la cosa juzgada, consecuencia de una filosofía esencialmente individualista, típica de nuestro sistema de derecho del *civil law*, se encuentra profundamente enraizado en la visión que sobre el mismo hemos desarrollado desde una perspectiva cultural. El proceso colectivo presenta sustanciales modificaciones respecto del individual, antes de su iniciación (amplitud en materia de legitimación), durante su tramitación (el número de personas que forman parte

[26] Morello, Augusto M., "Criterioso resultado en el balance del moderno derecho probatorio", *DJ*, 2004-1, ps. 407/408.
[27] Silva, Carlos D., *El proceso ambiental frente al nuevo derecho ambiental de orden público*, Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis, noviembre de 2004, pág. 99.

del grupo puede ser abierto) y después de dictada la sentencia de fondo (alcance subjetivo de la *res iudicata*)[28].

Si se pretende implementar la tutela judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva, las leyes procesales habrán de contemplar las particularidades que delinean la silueta del amparo colectivo. No es posible exigir al actor de este proceso, como al de un amparo individual, un pormenorizado relato de los hechos y una precisa descripción de los daños toda vez que, en algunos casos, puede no manejar suficientemente la información técnica del caso. Respecto de la admisión de las pruebas, el temperamento ha de ser amplio y, también, en cuanto a la valoración de los hechos y las pruebas por la complejidad que, muchas veces, ofrece la acreditación, sobre todo cuando los elementos de prueba se encuentran en poder de la parte demandada[29].

Si bien, como se dijo, los derechos de incidencia colectiva adquirieron el máximo rango normativo con la reforma constitucional de 1994, transcurridos ya veinte años Argentina exhibe a nivel federal un déficit en materia de legislación sobre procesos colectivos, más allá de que pretorianamente los tribunales han suplido dicho silencio, en especial merced a la actividad de tribunales superiores que han venido a diseñar el perfil, no del todo definido, de las singularidades de los procesos colectivos[30]. Al respecto, hace ya diez años ya se decía que el amparo colectivo pedía "a gritos" reglamentación ya que al ser tan distintas las problemáticas que plantea el proceso colectivo y tan poca la experiencia en nuestra tradición jurídica "los jueces y profesionales del derecho parecen condenados a conducirse a tientas"[31]. Señala que una primera cuestión de fondo radica en la necesidad de distinguir los distintos tipos de intereses tutelados en el segundo párrafo del art. 43 CN (derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes

---

[28] Morello, Augusto M. – Cafferatta, Néstor A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 134. La repercusión mayor al clásico litigio singular se manifiesta, sin embargo, en dos instituciones fundamentales: a) en punto a la legitimación de obrar; b) tocante a la extensión subjetiva y modalidades de la cosa juzgada.

[29] Morello, Augusto M. – Sbdar, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos*…, cit., p. 31.

[30] Peyrano, Walter J., "Peculiaridades de la excepción de defecto legal en un proceso colectivo ambiental", *LL*, 2006-F, 416.

[31] Catalano, Mariana, "Reglamentación del amparo", *LL*, 2007-C, 1189.

colectivos e intereses individuales homogéneos). Se impone también rediseñar actos elementales y sencillos dentro del proceso individual que se tornan "sumamente engorrosos y lentos cuando se trata de una pluralidad relevante de individuos". Se refiere, a modo de ejemplo, al traslado de la demanda, los incidentes, las notificaciones, el ofrecimiento y producción de la prueba. Propugna además contar con un método uniforme de cómputo de los plazos, "pues cuando la cantidad de interesados es considerable…resulta verdaderamente inapropiado que existan términos individuales…por el drástico desorden que pueden provocar en el trámite, las probables falencias de control y cruce de incidentes entre las partes"[32]. Entiende además que es fundamental determinar el efecto expansivo de la sentencia, si estará condicionada al resultado del pleito ("secundum eventum litis"), y establecer expresamente el carácter meramente formal de la cosa juzgada respecto de los otros procesos o recursos que intenten hacerse valer en la justicia[33].

En distintas oportunidades puse de manifiesto la actividad valiente, de alto valor jurídico y fuerte compromiso social que los jueces argentinos vienen desarrollando en aras de perfilar los caracteres del proceso colectivo. Resalté así las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en la causa de la Cuenca del Riachuelo, "Mendoza Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", toda vez que afectan a muchísimas personas, se relacionan a un bien de incidencia colectiva gravemente dañado y se han pronunciado en una causa de altísima complejidad. Se trata de pronunciamientos que revelan importancia institucional, más aun, por provenir del Máximo Tribunal argentino, ya que van trazando una línea de acción que inspira y motiva a todos los jueces del país. toda la actividad jurisdiccional desarrollada por el Máximo Tribunal en el caso de la Cuenca Matanza–Riachuelo revela la necesidad de contar con jueces y abogados especializados en la materia, toda vez que el derecho ambiental atraviesa todas las ramas del derecho, tanto público como privado, y porque la resolución de

[32] Idem..
[33] Idem. Sobre el tema, ver también: De los Santos, Mabel A., "Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos", *JA*, 2005-IV-1269.

los conflictos que se plantean necesita del auxilio de otras disciplinas. Vale la pena, una vez, señalar la necesidad de un proceso colectivo para tramitar este tipo de causas, observándose con mucha satisfacción y, por qué no decir, con emoción, en los distintos actos procesales cumplidos y, especialmente en las decisiones adoptadas por la Corte Suprema, las notas esenciales de un proceso colectivo, aquel que hace tiempo la doctrina reclama. En efecto, el mecanismo procesal diseñado y aplicado al caso admite amplia legitimación activa como pasiva y la pertinente extensión de los efectos de la cosa juzgada; flexibiliza los principios procesales del proceso individual; aplica la regla de las cargas dinámicas de la prueba y en el procedimiento valorativo de las pruebas, prioriza informes de personas e instituciones expertas; refleja el rol activo del Tribunal, comprometido con la tutela de un bien que presenta una trascendente dimensión social, toda vez que ejercita con firmeza facultades ordenatorias, instructorias y probatorias, adopta, con fuerte finalidad preventiva, decisiones urgentes y da relevancia a la participación ciudadana en todo el proceso a través de la implementación de audiencias públicas[34].

Otro hito de la jurisprudencia de la CSJN en materia de procesos colectivos es el caso Halabi[35] donde el Tribunal Cimero Federal sostuvo que es posible distinguir tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Como se dijo anteriormente, la sentencia de la referida causa ha delineado los requisitos de la acción de clase hasta su pronunciamiento, ajena al derecho argentino, constituyendo un gran aporte del Máximo Tribunal al diseño institucional del país.

Las pautas de “Halabi” fueron aplicadas y desarrolladas por la CSJN en posteriores pronunciamientos como “Cavalieri, Jorge y otro c/Swiss Medical S.A s/amparo” del 26/6/2012[36], “Padec c/ Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales” del 21/8/2013[37], CSJN, M. 1145. XLIX, “Municipalidad de Berazategui

[34] Sbdar, Claudia B., “Proceso colectivo ambiental”, *LA LEY*, 2009-A-,922.
[35] *CSJN – Fallos* 332:111. "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986".
[36] CSJN, Fallos 335:1080.
[37] CSJN, P.361.XLIII.

c/ Cablevisión S.A. s/ amparo" del 23/09/2014[38] y "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo" del 02/12/2014[39].

Hasta el día de hoy la doctrina sigue denunciando la mora del Congreso de la Nación en la reglamentación del amparo colectivo[40].

IV. POLÍTICAS PÚBLICAS EN MATERIA DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.

Según Aguilar Astorga y Lima Facio, para entender qué son las políticas públicas, es necesario diferenciar dos conceptos que en el idioma Español no tienen traducción: *politics* (política), y *policies* (políticas). El primero "es entendido como las relaciones de poder, los procesos electorales, las confrontaciones entre organizaciones sociales con el gobierno. El segundo tiene que ver más con las acciones, decisiones y omisiones por parte de los distintos actores involucrados en los asuntos públicos"[41]. Agregan que las políticas son cursos de acción destinados a la solución de problemas que denotan las intenciones de las fuerzas políticas, particularmente las intenciones de los gobernantes, y son el resultado de una serie de decisiones y acciones de numerosos actores políticos y gubernamentales. Especifican que "una política pública no es cualquier acción del gobierno, que puede ser singular y pasajera, en respuesta a particulares circunstancias políticas o demandas sociales. Dicho de otra manera, lo específico y peculiar de la política pública consiste en ser un conjunto de acciones intencionales y causales, orientadas a la realización de un objetivo de interés / beneficio público, cuyos lineamientos de acción, agentes, instrumentos, procedimientos y recursos se reproducen en el tiempo de manera constante y coherente (con las correcciones marginales necesarias), en correspondencia con el cumplimientos de funciones públicas que son de naturaleza permanente o con la atención de problemas

[38] CSJN, M. 1145. XLIX.
[39] CSJN, K.42, L.XLIX.
[40] Cfr. Berra, Elisabeth I., La reglamentación de los procesos colectivos, una asignatura pendiente, Sup. Const. 2015 (mayo), 11/05/2015, 71 - LA LEY, 2015-C.
[41] Aguilar Astorga, Carlos R. y Lima Facio, Marco A., *¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?,* en Contribuciones a las Ciencias Sociales, septiembre 2009, www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm.

públicos cuya solución implica una acción sostenida. La estructura estable de sus acciones, que se reproduce durante un cierto tiempo, es lo esencial y específico de ese conjunto de acciones de gobierno que llamamos política pública"[42]. Oszlak y O´Donnell, por su parte, se refieren a "políticas estatales (o públicas)" y las definen como "un conjunto de acciones u omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros actores de la sociedad civil"[43].

A modo de ejemplo es pertinente señalar que en materia ambiental el diseño y desarrollo de las políticas "obedece a las correlaciones de poder de los diversos actores sociales y al dilema de realizar planificación intelectual, tecnocrática o política con interacción social y participación ciudadana. Las políticas públicas, por lo tanto, se reconocen como un proceso de aprendizaje colectivo para aumentar la capacidad de resolver problemas e influyen de manera decisoria en la formulación y legitimación de la agenda pública a través de un proceso de interlocución y comunicación democrática entre sociedad y gobierno"[44]. La adopción de políticas públicas ambientales apunta a evitar conflictos ambientales y mejorar la calidad de los productos, los procesos y, en general, el estándar de vida colectivo. Por ello se dice que las políticas ambientales "determinan la orientación de un sujeto público o privado para la sustentabilidad de su desarrollo en su triple dimensión: social, económica y ecológica"[45].

El experto principal en Medio Ambiente de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) Nicolo Gligo señala que las políticas ambientales públicas pueden ser explícitas o implícitas[46]. Las políticas públicas ambientales explícitas son aquellas que están formuladas y publicadas en

---

[42] Idem.
[43] OSZLAK, O. y O´DONNELL, G., "Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación", en Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, 1981. http://es.wikipedia.org/wiki/Políticas_Públicas
[44] Pajares, Eric, "Instrumentos de gestión del ambiente y los recursos naturales del Perú. La definición de políticas públicas ambientales y su aplicación en los sistemas territoriales", en "Perú hoy, Territorio y naturaleza. Desarrollo en armonía", Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 2008, p. 22.
[45] Idem, p. 23.

[46] Cfr. Gligo, Nicolo, "Institucionalidad pública y políticas ambientales explícitas e implícitas", *Revista de la CEPAL,* n.º 63, diciembre de 1997, Santiago de Chile, pág. 56.

documentos oficiales, aprobados o expedidos formalmente por algún organismo estatal y que tienen como objetivo la protección ambiental. Se encuentran en la Constitución y la ley, o en los decretos y resoluciones normativas y administrativas que emanan del poder ejecutivo, para desarrollarlas o reglamentarlas. Según Gligo "las iniciativas más novedosas de las políticas ambientales explícitas son las que tienen que ver con los sistemas de evaluación del impacto ambiental que casi todos los países han puesto en funcionamiento"[47]. Las políticas públicas ambientales implícitas son aquellas decisiones que se toman en otros ámbitos de la política pública o en los sectores productivos, y que influyen en la transformación del medio ambiente. Pueden ser políticas macroeconómicas como el fomento a las exportaciones, captación de inversiones extranjeras y fomento de la ocupación del espacio territorial. O bien puede tratarse de políticas económicas sectoriales de desarrollo energético, agrícolas, de reforestación y explotación forestal, de obras públicas, de desarrollo científico y tecnológico, y de desarrollo urbano[48].

En Argentina, y en sintonía con el mandato constitucional del art. 41, párrafo tercero (cláusula ambiental) el Congreso nacional mediante la Ley General del Ambiente Nº 26175 (LGA)[49] congregó en su texto una diversidad de temas relacionados con los aspectos fundamentales de la Política Ambiental[50]. En su art. 2º estableció los objetivos que deberá cumplir la política ambiental nacional, a saber: a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión; d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales; e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica; g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades

[47] Gligo, op. cit., pág. 57.
[48] Gligo, op. cit., pág. 59/60.
[49] B.O. 28/11/2002.
[50] Sabsay, Daniel A. – Di Paola, María E., *La participación pública y la nueva ley general del ambiente*, ADLA 2003-C, 3771.

antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo; h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal; i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma; j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional; k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental.

Determinó también los principios de la política ambiental en el art. 4º, según el cual la interpretación y aplicación de la LGA, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: de congruencia, de prevención, precautorio, principio de equidad intergeneracional, principio de progresividad, principio de responsabilidad, principio de subsidiariedad, principio de sustentabilidad, principio de solidaridad y principio de cooperación.

Según el art. 8º LGA "los instrumentos de la política y la gestión ambiental serán los siguientes: 1. El ordenamiento ambiental del territorio; 2. La evaluación de impacto ambiental; 3. El sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas; 4. La educación ambiental; 5. El sistema de diagnóstico e información ambiental; 6. El régimen económico de promoción del desarrollo sustentable".

A nivel federal, La política ambiental prevista en la LGA puede resultar seriamente comprometida al no existir, como antes señalé, un proceso idóneo y acorde a las particularidades de la problemática ambiental. El amparo colectivo constituye una especie del amparo general y el ambiental, si bien integra la categoría de los colectivos es una subespecie de estos[51], toda vez que su silueta está definida por rasgos propios que derivan de la esencia del derecho objeto de la protección y que determinaron principios de la materia ambiental establecidos en el

[51] Esaín, José, *La medida autosatisfactiva ambiental. La suspensión de actividades iniciadas en su ejecución sin procedimiento preventivo ambiental*, *LL*, 2004-C, 275.

Texto Constitucional, Tratados internacionales con jerarquía constitucional y en la LGA[52]. Las notas que caracterizan al trámite procesal susceptible de ofrecer una tutela adecuada del derecho a un ambiente sano es el reflejo nítido de las notas tipificantes de la cuestión ambiental, aquella en la que la problemática es muy compleja, la prueba es difícil y, por ende, la resolución muy dificultosa. Reclama entonces, de operadores jurídicos especializados, jueces y abogados comprometidos con la preservación de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

El derecho ambiental atraviesa todas las ramas del derecho tradicional (lo público y lo privado, lo civil, lo penal, lo administrativo, lo procesal), lo que exige, tanto de quienes promueven la tutela del ambiente como de aquellos que interpretan y aplican el derecho ambiental, una formación jurídica específica basada en un enfoque interdisciplinario a raíz de la propia esencia de la problemática medio ambiental.

La protección eficaz del derecho a un ambiente sano necesita del funcionamiento de un proceso colectivo, sustancialmente porque la legitimación pasiva y activa amplia que exige la defensa de los intereses colectivos desafía normas del debido proceso tal y como éste fue entendido tradicionalmente. Se observa, además, una notoria flexibilización de los principios procesales y de los criterios evaluativos de las reglas de la sana crítica. Por encima de sus ritualismos, el derecho ambiental impone el sentido de una justicia sustancial. Cuando están en juego intereses de incidencia colectiva, el proceso debe adaptarse a las superiores necesidades de justicia, bajo pena de que, de no hacerlo así, se tornen meras declamaciones las normas de rango constitucional que imponen la protección del derecho a vivir en un medio ambiente adecuado[53].

V. IMPLEMENTACIÓN DE LA SENTENCIA COLECTIVA: POLÍTICAS PÚBLICAS Y DIVISIÓN DE PODERES.

[52] Morello, Augusto M. – Sbdar, Claudia B., *Acción Popular y Procesos Colectivos*…, cit., p. 133.
[53] SILVA, Carlos D., "El proceso ambiental…", cit.

Las sentencias de los procesos colectivos sobre bienes colectivos como todas aquellas que tienen efectos regulatorios generales –las dictadas en procesos colectivos que tienen por objeto intereses individuales homogéneos en los que la sentencia proporciona una solución indivisible– plantean el interrogante acerca de si el juez con su decisión no avanza sobre el ámbito competencial de los otros dos poderes del Estado.

Al respecto cabe reiterar que la reforma de 1994 no solo ha incorporado los derechos de incidencia colectiva a la CN sino que también ha previsto la garantía jurisdiccional para su protección con la previsión de un mecanismo procesal colectivo de tutela cuando el caso reúne los presupuestos del art. 43, primer párrafo, CN.

No se debe perder de vista que las políticas públicas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo tendientes a desarrollar un derecho constitucionalmente reconocido no constituyen materia sujeta a revisión del Poder Judicial porque, precisamente, hace al juego de la democracia que las decisiones de los poderes elegidos por la voluntad popular sean respetadas, salvo cuando las mismas afectan derechos constitucionales, supuesto que habilita la revisión judicial. Desde esa perspectiva, un mandato de implementación dirigido a la administración o un mandato para legislar dirigido al Congreso sobre un tema específico en ningún caso puede reemplazar la voluntad de las mayorías; se trata sólo de la intervención judicial en aquellos casos en que se encuentra comprometido un derecho constitucionalmente reconocido a los fines de que los poderes políticos concreten el desarrollo adecuado de ese derecho. A tal fin pueden los jueces establecer plazos y disponer un mecanismo de control de la implementación[54].

Cabe aquí mencionar la modalidad “exhortativa” de sentencias que la CSJN ha venido desarrollando, precisamente, en el campo de los procesos colectivos. En principio, la sentencia que resuelve la duda constitucional puede aceptar la postulación de inconstitucionalidad o rechazarla. Sin embargo, en aquellos países en los que impera el modelo concentrado, en el que la declaración de

[54] Lorenzetti, Ricardo, *Justicia Colectiva* cit., p. 243 y ss.

inconstitucionalidad produce la anulación de la ley y tiene efectos erga omnes, los Tribunales Constitucionales han recurrido a una tercera categoría de fallos, los llamados atípicos para evitar las graves consecuencias que origina el vacío normativo, derivado del efecto derogatorio de la norma declarada inconstitucional. En la actualidad, las sentencias exhortativas también proyectan efectos en los sistemas de control de constitucionalidad difusos, impactando en nuestro país, directa y fuertemente en la eficacia de las sentencias constitucionales, desde que la referida eficacia, como antes se dijo, está atravesada por la implementación y el alcance subjetivo de tales pronunciamientos[55].

Señala Sagüés que en aras de conservar en lo posible el vigor de las normas infraconstitucionales, sea por aplicación del principio de cortesía constitucional o de deferencia razonada, sea por razones pragmáticas y de funcionalidad, para evitar vacíos normativos jurídica y socialmente muy costosos si se descalifica una regla por su inconstitucionalidad, el derecho procesal constitucional ha imaginado en las últimas décadas ciertas categorías de fallos que escapan de aquella doble estratificación tradicional, dando lugar a las sentencias atípicas. Explica que una verdadera fuente inspiradora de tales fallos ha sido la doctrina de la interpretación "conforme" a la Constitución, de las reglas infraconstitucionales (también llamada de la "interpretación constitucional" del derecho subconstitucional), en el sentido de rescatar en lo posible la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema; o que, si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde con la Constitución, y otra opuesta a ella, deba preferirse la del primer tipo[56].

Distingue el profesor Sagüés en su valioso trabajo sobre el tema, distintas variables, unas denominadas manipulativas y entre ellas, las manipulativas admisorias, desestimatorias, aditivas y sustitutivas. Constituye también una variante de las manipulativas, las exhortativas, supuesto en el que el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o

[55] Cfr. Sbdar, Claudia B, “Eficacia de las sentencias constitucionales”, La Ley 2011-A, 816.
[56] Sagüés, Néstor P. "Las sentencias constitucionales exhortativas ("apelativas" o "con aviso"), y su recepción en Argentina", La Ley, 2005-F, 1461.

presuntamente inconstitucional encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución, pudiendo fijarle o no un plazo preciso al respecto. Encuentran fundamento en que con esa actitud se respeta el principio de división de los Poderes y a menudo, de modo directo o indirecto, da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo que también se economizan futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si esas guías son satisfechas. Se da aquí una suerte de control preventivo de constitucionalidad sui generis (respecto de la norma a dictarse en el mañana, a más del control reparador sobre la norma vigente, cuya constitucionalidad se pone en duda o se descarta)[57].

Un análisis profundo de las graves consecuencias que la declaración de inconstitucionalidad de un texto legal puede ocasionar[58], motivan especiales o atípicos pronunciamientos, toda vez que inducen a la sanción de un nuevo texto legal y, consecuentemente, a la derogación del anterior instrumento legal. Esta particular modalidad de resolver la inconstitucionalidad de un acto de los Poderes Legislativo o Ejecutivo tiende a evitar las graves consecuencias que la derogación de un determinado régimen legal acarrearía, obedece a la trascendencia institucional de la materia debatida y se inspira en razones de igualdad y economía jurisdiccional. La modalidad de la exhortación, como antes se expuso, también es utilizada en causas en las que se declara la inconstitucionalidad con efectos inter partes. El pronunciamiento interpreta que una adecuada respuesta a numerosos supuestos como el planteado demanda una solución general y contiene un mandato al Congreso para que dicte una ley[59].

Sin embargo, se ha observado que en cierto tipo de procesos colectivos ambientales la implementación de la sentencia “requiere que el Poder Judicial avance sobre el accionar de determinadas áreas e instituciones de otras ramas del poder público”[60]. Es lo que se denomina “litigios de reforma estructural”, cuya

[57] Sagüés, "Las sentencias constitucionales exhortativas”, cit.
[58] Cfr. Lorenzetti, Ricardo, DiarioJudicial.com., edición del 12/6/2008.
[59] Gozaíni, Osvaldo A., "Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes", La Ley, 2007-D, 1242.
[60] Cfr. Verbic, Francisco, “Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural”, ponencia presentada en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, 18-20 de Septiembre de 2013, Comisión de Derecho Procesal Constitucional Sub-Comisión 3: “Ejecución de sentencias en litigios estructurales y complejos. La eficacia del Poder Judicial en el control de políticas públicas”. Disponible en http://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic.

aparición en el derecho argentino es reciente y que en la tradición del movimiento de los derechos civiles y sociales estadounidenses se denomina litigio complejo (complex litigation) o litigio de reforma estructural (structural reform) y se lo ha empleado en áreas tales como la segregación racial del sistema educativo, la reforma de instituciones psiquiátricas y penitenciarias, las acciones para combatir la discriminación estructural de género, el cumplimiento del mandato de accesibilidad a edificios y servicios previamente accesibles para personas con discapacidad[61].

Señala Verbic que la principal característica de estos procesos judiciales es que versan sobre cuestiones estrechamente relacionadas con distintos tipos de políticas públicas y derivan en la imposición de órdenes complejas, tanto en lo que hace a la definición de sus contornos como en cuanto a su ejecución[62]. Bugallo, por su parte, indica que se trata de casos "donde la pretensión de los demandantes pareciera enfrentar a los miembros del Poder Judicial con la obligación de ordenar a la Administración la implementación de una determinada política a fin de satisfacer o restablecer el derecho conculcado"[63].

Surge de inmediato el interrogante de si "tal proceder, tendiente a lograr una eficaz y efectiva satisfacción de los derechos por parte del Poder Judicial, deviene aunque en parte contrario, al principio constitucional de la división de poderes. Ello así, por cuanto se exige de los magistrados respuestas en asuntos de índole política, ajenas a la órbita de sus funciones"[64]. Ello se explica, según Basch, porque en el marco de notables deficiencias de las dinámicas sociales y organizacionales, los sistemas de constituciones rígidas, con amplias cartas de derechos y facultades de control constitucional en manos del poder judicial, alientan una mayor intervención judicial en los asuntos públicos, y particularmente en materias antes

[61] Cfr. Bugallo, Jorge Mariano, "El litigio de reforma estructural. Necesidad de su regulación normativa", La Ley, Suplemento Actualidad, 30/05/2013, p. 1.
[62] Idem.
[63] Idem. También se ha definido al litigio estratégico como la "herramienta judicial que involucra la selección y presentación de un caso ante los tribunales con el objetivo de alcanzar cambios en las políticas públicas que deriven en una mejora de la sociedad". Cfr. Böhmer, Martín y Salem, Tatiana: "Litigio estratégico: una herramienta para que el Poder Judicial tenga voz en políticas públicas clave", Documento de Políticas Públicas / Análisis N°89 I, CIPPEC, Buenos Aires, diciembre de 2010.

[64] Idem.

excluidas de su juicio, vinculadas con las políticas de gobierno[65]. En ese contexto, las mayores dificultades para el poder judicial no surgen cuando el estado es demandado por haber violado un derecho a través de una acción específica, "sino en los casos en que la acción se entabla por la omisión de planear o reformar una cierta política necesaria para el disfrute del derecho en juego"[66]. Agrega Basch que este particular escenario en el cual se solicita que el poder judicial adopte un rol menos pasivo en lo concerniente a políticas públicas "se presenta toda vez que un caso es entablado bajo el argumento de que un derecho está siendo violado por ciertas condiciones generales o estructurales que no son adecuadamente atendidas por el estado. En todos estos casos se presentan desafíos con la forma y el grado adecuado de la intervención judicial"[67].

Para Verbic, la efectividad de las sentencias de reforma estructural está condicionada, por un lado, por lo que denomina la "dificultad política", y que se refiere a "la supuesta interferencia que su cumplimiento supone con relación a los poderes discrecionales de las otras ramas del gobierno"[68]. Advierte además acerca de una "dificultad procedimental", esto es, la ausencia de regulaciones adecuadas para trabajar en sede judicial sobre conflictos colectivos que requieren este tipo de remedios para su adecuada resolución.

Respecto de la "dificultad política", y como garantía de implementación de tales órdenes judiciales respetando los límites constitucionales de la división de funciones entre los distintos poderes del estado, puede diseñarse lo que Lorenzetti denomina una "microinstitucionalidad"[69]. De inmediato viene a la mente la actuación de la CSJN en el caso "Mendoza",[70] que implicó una decisión tomada en su rol constitucional de cabeza del Poder Judicial de la Nación, a través de la cual el Máximo Tribunal indicó pautas de política pública en materia ambiental a ser implementadas por los otros dos poderes del estado. Entre la primera resolución de

[65] Cfr. Basch, Fernando, "Breve introducción al litigio de reforma estructural", ADC, Buenos Aires, 2010.
[66] Idem.
[67] Idem.
[68] Verbic, op. cit. La otra dificultad que identifica el autor es lo que denomina "dificultad procedimental", esto es, la ausencia de regulaciones adecuadas para trabajar en sede judicial sobre conflictos colectivos que requieren este tipo de remedios para su adecuada resolución.
[69] Lorenzetti, Ricardo, *Justicia Colectiva,* cit., p. 186.
[70] Sbdar, Claudia B., "Proceso colectivo ambiental", *LL*, 2009-A-,922.

la CSJN y y el dictado de la sentencia definitiva, el activismo del Tribunal Cimero operó como impulso de la sanción de la Ley N° 26.168[71] – como una forma de respuesta institucional de los Estados originariamente demandados y el CO.FE.MA (Consejo Federal del Medio Ambiente) – por la cual se creó la "Autoridad Interjurisdiccional de la Cuenca Matanza - Riachuelo" como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros". La tarea del ACUMAR consiste en revertir el estado de contaminación que registra la Cuenca ejecutando el programa establecido en el fallo definitivo por el Alto Tribunal[72], que en el plano de su competencia exclusiva y originaria, mediante diversas resoluciones encauzó el proceso de saneamiento de la "Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo" desarrollando el principio de recomposición del daño ambiental[73].

En "Mendoza" no se planteó una duda constitucional, sino la protección de un bien de altísimo valor social, por lo que el mandato estuvo dirigido a la Administración para que cumpla con un determinado programa. Este tipo de pronunciamiento reviste trascendencia institucional, por provenir de la CSJN, porque el bien comprometido pertenece a la esfera social y no admite exclusión, y porque el desarrollo de políticas públicas afecta a toda o un importante sector de la comunidad.

En este tipo de procesos colectivos, la primera sentencia es de tipo declarativa. Define el marco general, provoca una ruptura conceptual con lo anterior y produce efecto de cosa juzgada material; más tarde se dictan numerosos pronunciamientos orientados a la ejecución, generalmente por etapas, los que son modificables, a cargo del mismo Tribunal o delegado en otro órgano jurisdiccional. El mandato a la Administración pública nacional o provincial para que implemente cierta política pública, puede estar orientado a los resultados o bien a los procedimientos. En el primero, explica Lorenzetti, se respeta la discrecionalidad propia de la administración en la definición de cuáles son los medios más

[71] B.O. 05/12/2006.
[72] Cfr. Gil Domínguez, Andrés - González, Adrián, "El caso "Mendoza", ACUMAR, el poder de policía ambiental y la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires" LCABA 2011 (junio), 263.
[73] Dolabjian, Diego A. – Szarangowicz, Gustavo A., "Desmonte y tala de bosques nativos" LA LEY 2009-C, 255.

apropiados para aplicar en el caso, mientras que en el segundo el Poder Judicial avanza y los define por sí mismo, aclarando que una atenta observación de la jurisprudencia en el Derecho Comparado y la experiencia que se ha obtenido hasta el momento muestran que la postura mayoritaria es la orientación hacia los resultados[74].

La opción de la variante orientada al resultado, reservándose a la Administración la etapa de la implementación, atiende básicamente a las limitaciones propias del Poder Judicial para llevar adelante el cumplimiento de la sentencia. Ello no significa que la declaración sea imprecisa, sino que puede fijar etapas a cumplir o bien un orden de prioridades. Esa fue la solución adoptada por la CSJN en la causa del Riachuelo. Allí, como se dijo, se diseñó una "microinstitucionalidad". Se fijaron objetivos, se describieron etapas según las distintas fuentes de contaminación y los plazos para cumplir. Se designó a un encargado responsable de llevar adelante la ejecución del plan, que es un sector de la Administración. También se designaron encargados del control de cumplimiento que eran organizaciones no gubernamentales que participaron del proceso y un control de la transparencia financiera del plan, que es un ente público de auditoría[75]. Puntualmente la Corte diseñó un plan para la ejecución de la sentencia, el que delegó en concreta relación a la prevención y recomposición del ambiente —aquello que se orienta hacia el futuro— al Juez Federal de Quilmes y se reservó lo vinculado a la reparación del daño, derivada de conductas adoptadas en el pasado[76].

En la causa mencionada, el Máximo Tribunal condenó al cumplimiento de un mandato —ejecución del programa orientado a mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca, recomponer el ambiente en todos su componentes (agua, tierra y aire) y a prevenir daños— a la Autoridad de Cuenca, creada por ley 26.128, sin perjuicio de mantener intacta la responsabilidad del Estado Nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Aquí el mandato está orientado a un

[74] Lorenzetti, Ricardo, *Justicia Colectiva,* cit., p. 183.
[75] Idem, p. 187.
[76] Sbdar, Claudia B., "Eficacia de las sentencias constitucionales", cit.

resultado pero no avanza en la determinación de los procedimientos, el modo en que se concreta queda en el ámbito de discrecionalidad de la Administración.

Para asegurar el cumplimiento del programa, la sentencia diseñó un sistema de control de base administrativa y judicial. Dispuso que el plan de saneamiento y el programa serán monitoreados por la ciudadanía. A tal efecto encomienda al Defensor del Pueblo de la Nación, la coordinación de dicha participación mediante la conformación de un cuerpo colegiado, en el que participan los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en la condición de terceros. Por otra parte establece que la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el plan de saneamiento integral está a cargo de la Auditoría General de la Nación. Asimismo establece un régimen de multas diarias derivadas del incumplimiento de los plazos en cabeza del presidente de ACUMAR. Finalmente se debe reiterar que la competencia para la ejecución de la sentencia en los términos de los arts. 499 y ss. del CPCCN ha sido atribuida a un juzgado federal de primera instancia con competencia en parte del asiento territorial de la cuenca hídrica, el que además debe decidir en la revisión de las decisiones finales tomadas por la Autoridad de Cuenca, lo que se consignó en resolución 5/2009 del 30/6/2009 que aprueba el reglamento del procedimiento administrativo y revisión judicial de sus decisiones.

Surge de lo precedentemente expuesto que en el caso “Mendoza” la CSJN para “sortear la dificultad procedimental” delegó la ejecución de la sentencia en manos de otros jueces. Se trata de una práctica frecuente en los Estados Unidos de América, donde se los denomina *officers of the Court* o *Special Masters*. Se trata de funcionarios “que operan bajo la dirección del tribunal que dictó la decisión, a quien deben acudir tanto para rendir cuentas de su actuación como para obtener la remoción de cualquier obstáculo que encuentren en el cumplimiento de su cometido y exceda los poderes que le fueron otorgados para actuar”[77]. El desempeño de estos auxiliares del tribunal que dicta la sentencia colectiva ambiental ofrece a los magistrados importantes ventajas “ya que –sin perder el poder de dirección y control

[77] Verbic, op. cit.

sobre el asunto – impide que su tarea cotidiana resulte absorbida por la gestión que exige el cumplimiento de la decisión"[78].

Otra herramienta utilizada por la CSJN en la sentencia "Mendoza" fue la aplicación de astreintes, con la particularidad de que el Máximo Tribunal – para asegurar el efectivo cumplimiento de la manda judicial ambiental colectiva – impuso aquellas condenas pecuniarias "a modo eventual en la propia decisión de mérito sobre el asunto, a pesar de que por lo general su aplicación se produce recién después de haberse verificado algún incumplimiento"[79]. Además las multas "no fueron impuestas al Estado en cuanto tal, sino específicamente en cabeza del funcionario responsable del órgano obligado a cumplir (esto es, el Presidente de la ACUMAR)"[80].

No menos importante fue el sistema de monitoreo y control establecido por la CSJN, antes mencionado, donde otorgó un rol relevante a la Auditoría General de la Nación y al Defensor del Pueblo de la Nación, sin obviar el cuerpo colegiado a conformarse con las diversas ONG presentadas como terceros en la causa.

Además de la materia ambiental, la CSJN sentó pautas propias de un proceso colectivo en el sonado caso "Verbitsky"[81], apelando en su pronunciamiento a la modalidad exhortativa antes referida. En la causa el peticionante sustancialmente alegaba como fundamento de su pretensión, la superpoblación carcelaria que atenta contra el digno trato a los sujetos privados de su libertad; que el 75% de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires son presos "sin condena" y en que en numerosas comisarías se encuentran privados de su libertad menores y enfermos. La Corte Suprema, si bien no declara constitucional ni inconstitucional las normas en cuestión, exhorta a su cambio[82]. En lo pertinente dispuso: "Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e

[78] Idem.
[79] Idem.
[80] Verbic, op. cit.
[81] CSJN, "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus", Sent. de 03/5/2005, La Ley, 2005-E, 39.
[82] Cfr. Sagüés, "Las sentencias constitucionales exhortativas...", cit.

internacionales". Frente al mandato del Poder Judicial se produjeron cambios importantes, porque se modificó la ley de excarcelación y se cerraron los centros de detención en la Policía.

La acción fue deducida por una persona jurídica (Centro de Estudios Legales y Sociales) a favor de un número muy amplio de detenidos. El Alto Tribunal, proyectando la figura del art. 43, segundo párrafo de la CN, del amparo colectivo, calificó dicha causa como "hábeas corpus colectivo". Los derechos comprometidos son individuales de todos los detenidos en establecimientos policiales y/o comisarías de la Provincia de Buenos Aires y siendo común la causa de la afectación denunciada, integran la categoría de individuales homogéneos. Ello sin perder de vista que, en esa causa, lo resaltó el Presidente del Máximo Tribunal, había un bien colectivo que es el sistema carcelario como tal[83]. La acción tramitó por un proceso colectivo y la sentencia estimatoria del habeas corpus, consecuentemente, extiende sus efectos a la pluralidad de sujetos indeterminados que conforman la clase o el grupo afectado. El objeto es individual pero la decisión que se adopta afecta a una pluralidad de personas, toda vez que el reclamo termina con una sentencia que contiene un mandato al Congreso y al Poder Ejecutivo para que, respectivamente, modifiquen la legislación pertinente y las condiciones de detención.

Cabe recordar que en la causa ""Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/ reajustes varios"[84], sentencia del 08/8/2006, y en "Rosza, Carlos A. y otro s/rec. de casación"[85], sentencia del 23/5/2007, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la norma cuestionada e incursionó también en el terreno de las sentencias atípicas.

En "Badaro", el actor reclamó el reajuste de su haber provisional, destacando que ninguno de los aumentos establecidos en los decretos dictados por la grave crisis le fueron aplicados por no encontrarse en el extremo inferior de la escala. Con fecha 08/8/2006 la sentencia de la Corte Suprema fijó las pautas que debe contener un sistema de movilidad adecuado al art. 14 bis CN pero no estableció el sistema de

[83] Cfr. Lorenzetti, Ricardo, DiarioJudicial.com., edición del 12/6/2008.
84 *CSJN – Fallos*, 329:3089.
85 *CSJN – Fallos,* R.1309 XLII.

ajuste porque consideró que ello corresponde preferentemente al Congreso. Resolvió comunicar esa decisión al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación a fin de que en un plazo razonable adopte las medidas para ajustar el sistema de movilidad previsional de acuerdo a las pautas fijadas en la sentencia. El Congreso dictó la ley 26.198 que aprobó el presupuesto general de la administración nacional del año 2007 y la misma fue nuevamente impugnada en su constitucionalidad por Badaro al no ajustarse a las pautas fijadas por la Corte.

En el segundo pronunciamiento "Badaro" del 26/11/2007[86], el Máximo Tribunal sostuvo que las prescripciones de esa ley no eran las indicadas en el primer pronunciamiento. Declaró la inconstitucionalidad del art. 7º, inc. 2º de la ley 24.463, dispuso que la prestación del actor se ajuste a partir del 1 de enero de 2002 y hasta el 11/12/2006 según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el INDEC y exhortó al Congreso a que dicte una ley que regule las pautas que garanticen la movilidad de los haberes jubilatorios. Señaló que el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional contribuiría a dar mayor seguridad jurídica y que una buena reglamentación de dicha ley permitiría reducir la litigiosidad. El 1 de octubre de 2008 el Congreso sancionó la ley 26.417 de Movilidad de las Prestaciones del Régimen Provisional Público en cuyo anexo se establece un índice de cálculo de la movilidad.

El planteo del actor ha sido individualmente deducido y el pronunciamiento de la Corte declara la inconstitucionalidad del art. 7º, inc. 2º de la ley 2.4.463 y condena a que la prestación del actor sea ajustada. La sentencia tiene efectos inter partes, sin embargo, el Tribunal advierte que una adecuada respuesta a numerosos supuestos como el planteado reclama una solución general, por lo que exhorta al Congreso al dictado de una ley. Se trata también de un pronunciamiento atípico y exhortativo que contiene una solución que afecta a una pluralidad de personas que se encuentran en idéntica situación.

86 *CSJN – Fallos*, 330:4866.

En “Rosza”, la Corte Suprema declaró inconstitucional la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación, en virtud de la cual había sido designado el magistrado suplente que entendió en el proceso. Se trata de un fallo con proyecciones institucionales importantísimas toda vez que también decidió mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes hubieran sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encontraban vacantes hasta que cesaren las razones que originaron su nombramiento o hasta que fueren reemplazados o ratificados mediante un procedimiento constitucionalmente válido que debería dictarse en el plazo máximo de un año. Sostuvo así que sin perjuicio de la declaración de inconstitucionalidad del Régimen de Subrogaciones según resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación –que autoriza un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial–, a fin de evitar el caos institucional o la paralización del servicio de justicia, corresponde admitir la validez de las designaciones efectuadas bajo dicho régimen y de las actuaciones practicadas y que se practiquen hasta el cese de las razones que originaron sus nombramientos, o bien su reemplazo o ratificación mediante un procedimiento constitucionalmente válido, sin que los suplentes puedan continuar en funciones por más de un año, durante el cual el Congreso y el Poder Ejecutivo deben establecer un sistema definitivo sobre la materia. El 21 de mayo de 2008 fueron sancionadas las leyes 26.372 y 26.376, las que, respectivamente, instauraron el nuevo sistema de subrogancias para los jueces de primera instancia nacionales o federales, Cámaras de casación o de apelaciones nacionales o federales, Tribunales orales en lo criminal, en lo penal económico y de menores con asiento en la ciudad de Buenos Aires y de los Tribunales orales en lo criminal federal de todo el país[87].

Como se advierte, la sentencia que declara la inconstitucionalidad produce efectos en el caso en el que fue pronunciada y, para evitar el caos institucional, mantiene el sistema de designación de los jueces subrogantes para la justicia

87 La Corte Suprema, mediante acordada 10/2008 del 22/5/2008, estableció prorrogar las designaciones de todos los jueces subrogantes hasta que se produzca la entrada en vigencia del nuevo régimen de subrogancias sancionado por el Congreso de la Nación.

federal por un plazo no mayor a un año, plazo otorgado a los poderes políticos para establecer el sistema definitivo. Nuevamente nos encontramos frente a una sentencia estimatoria atípica y exhortativa desde que contiene un mandato al Congreso para que regule de modo general el sistema de subrogancias en el ámbito de la justicia federal.

Otra sentencia exhortativa fue la dictada por la CSJN el 25/8/2009 al decidir el caso "Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080"[88], en cual declaró la inconstitucionalidad de la ley que penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, considerando que se conculcaba el art. 19 CN, en la medida en que se invadía la esfera de la libertad personal, excluida de la autoridad de los órganos estatales[89].

En "Arriola" la CSJN luego de advertir el flagelo y los perjuicios que provoca la comercialización de drogas, decidió exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes. Además los urgió a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada, sobre todo, en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a los fines de dar adecuado cumplimiento a los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país[90].

En el caso "F.,A. L. s/medida autosatisfactiva" del 13/3/2012 la CSJN interpretó el art. 86 inciso 2º del Código Penal y sostuvo que no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación y que cualquier caso de aborto no punible no está supeditado a trámite judicial[91]. En su parte resolutiva, la sentencia formula "dos órdenes de múltiples exhortaciones"[92]. Una dirigida a las autoridades nacionales provinciales y de la ciudad autónoma de

---

[88] *CSJN – Fallos*, 332:1963.
[89] Cfr. Palacio de Caeiro, Silvia B., "Jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad y sentencias exhortativas", ABELEDO PERROT Nº: 0003/015107.
[90] Palacio de Caeiro, Silvia B., "Jurisdicción constitucional…", cit.

[91] Cfr. "La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados",http://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html, 13/3/2012.
[92] Cfr. Sagüés, Néstor P., "El aborto eugenésico, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos", JA 2012-III-1129.

Buenos Aires, para implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta, efectiva y rápida atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de las víctimas de violaciones sexuales, como campañas de información pública y de capacitación de empleados. También, de establecimiento de un régimen de objeciones de conciencia y de solución de controversias entre las pacientes y sus médicos. Otra, para los poderes judiciales nacionales, provinciales y de aquella ciudad autónoma, para que se abstengan de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente. Se advierte que con este conjunto de directrices la CSJN introduce una vez más el tema de las sentencias exhortativas. Afronta "una tarea nomogenética, porque auspicia el dictado de ciertas normas (los protocolos)" a la vez que "desalienta otras, formales o informales (los requerimientos de autorizaciones judiciales para abortar), aunque sin declararlas expresamente inconstitucionales en esa parte resolutiva"[93].

VI. CONCLUSIÓN.

En los conflictos colectivos, tanto sobre bienes colectivos como aquellos que se plantean respecto de intereses individuales homogéneos que producen efectos regulatorios generales, la sentencia que contiene un mandato al Poder Ejecutivo o al Legislativo para que implementen el desarrollo de un derecho constitucional no debe avanzar en aquello que es propio de los poderes políticos del Estado, esto es, en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Señala Basch "una cosa es que el juez 'se aventure' en la elaboración de políticas y otra que tome intervención en protección de los derechos que la Constitución ha puesto bajo su jurisdicción"[94]. Esa fue la interpretación adoptada por la CSJN en el caso *Verbitsky*, cuando advirtió que "a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias"[95]. Especificó la

[93] Cfr. Sagüés, Néstor P., "El aborto eugenésico…" cit.
[94] Basch, op. cit.
[95] CSJN, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", Fallos: 328:1146, 03/5/2005, consid. 27.

CSJN que “ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona (…) Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad”[96].

De modo tal que la intervención de la CSJN se limita, en una relación de diálogo, a reclamar el referido desarrollo de un derecho constitucionalmente reconocido, pudiendo fijar un plazo o una modalidad de control. De este mecanismo, decía el Presidente del Máximo Tribunal del país, que hace a la función política-institucional del Poder Judicial en un país con tres Poderes. El Poder Judicial reclama al Legislativo o al Ejecutivo una determinada conducta, la que, a veces, se concreta y otras, no, supuesto en el que el asunto volverá al Poder Judicial. Este diálogo entre los Poderes del Estado hace a la vida democrática y republicana[97].

El amparo colectivo previsto en el artículo 43 C.N. es directamente operativo. Sin embargo, hace al nivel de eficacia de la protección de los derechos de incidencia colectiva contar con una reglamentación procesal legislativa que sea susceptible de reflejar las particularidades del trámite colectivo. Tal ley no existe aún a nivel federal. Sin embargo, el vacío legislativo no ha impedido a los jueces resolver los planteos ambientales, con una gran dosis de creatividad y activismo. La CSJN trazó las líneas esenciales de la silueta de un proceso colectivo desarrollando un aporte de alto contenido jurídico y compromiso social que ha inspirado numerosa jurisprudencia en todo el país y el reconocimiento de los ámbitos académicos y de la sociedad civil.

Lograr el efectivo cumplimiento de tales decisiones aparece como el mayor desafío que en la actualidad se le plantea al Poder Judicial, y obliga a reflexionar

---

[96] Idem.

97 Lorenzetti, Ricardo, DiarioJudicial.com. del 12/6/2008.

una vez más sobre los límites competenciales que la Constitución ha trazado frente a la encrucijada de asegurar la efectividad de los derechos de incidencia colectiva en juego en cada caso.

Es oportuno concluir con Böhmer, para quien si los poderes mayoritarios "escuchan la exhortación de la Corte y se lanzan a deliberar sobre la mejor manera de interpretar generosamente esas propuestas de políticas públicas y comienzan a realizar acciones en ese sentido, entonces la apuesta de la Corte habrá sido exitosa"[98]. Entonces habremos comenzado a transitar la senda superadora del dilema que hoy plantea la implementación de la sentencia colectiva en el sistema republicano argentino.

[98] Böhmer, Martín, "Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas", JA 2012-II-285.