

COMISION 3: DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

PROCESOS COLECTIVOS Y POLITICAS PÚBLICAS

EL PROCESO COLECTIVO: INSTRUMENTO IDONEO PARA LA TUTELA DE LAS POLITICAS PÚBLICAS

MARTINEZ VAZQUEZ ESTELA BEATRIZ

Dirección: Acasusso 199 – Yerba Buena – Tucumán

Teléfono: 0381-4250623 - 3816570330

E-mail: emvdez@hotmail.com

Los derechos sociales, económicos y culturales son una importante fuente de judicialización de políticas públicas, pues al requerir una acción positiva estatal, la inacción del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo provoca el reclamo judicial de su cumplimiento por parte del ciudadano ante el Poder Judicial como guardián último de las garantías constitucionales. Ante la ausencia de un marco procesal para tutelar esos derechos, el proceso colectivo constituye una herramienta idónea a tales fines. Por ello deviene imprescindible su urgente reglamentación.

EL PROCESO COLECTIVO: INSTRUMENTO IDONEO PARA LA TUTELA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Sumario: 1. Derechos de incidencia colectiva. 2. La judicialización de las políticas públicas. 3. Marco procesal idóneo para tutelar las políticas públicas. 4. Aproximación al diseño de un proceso colectivo. 5. Jurisprudencia nacional de tutela de políticas públicas. 6. Conclusiones.

1. Derechos de incidencia colectiva

Los derechos colectivos, también llamados en sentido amplio derechos de grupo o intereses multisubjetivos tienen como dato relevante que se identifica una causa fáctica o normativa homogénea, es decir un presupuesto de la pretensión común a todos esos intereses, donde se considera razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, excepto en lo que concierne a la prueba del daño que individualmente se sufre.

Hay otro dato importante y es que la pretensión – a través de una *class action* o acción de clase- es representativa de los intereses de todos los que integran la clase y su tutela podrá estar en manos, no sólo del afectado, quien se presenta en representación de sus iguales, sino también a cargo del Defensor del Pueblo, una asociación, etc.

La admisión de la tutela de los procesos colectivos contribuye a disminuir o evitar la sobresaturación de causas idénticas (como sucedió en el llamado “corralito financiero” del año 2002) o un sinnúmero de injusticias menores usualmente en perjuicio de los sectores más necesitados.

Estos derechos pueden clasificarse en tres tipos: difusos, colectivos, e individuales homogéneos. Así los designó el Código del Consumidor de Brasil en su artículo 81 y el referido criterio el Proyecto de Código Modelo de

Procesos Colectivos para Iberoamérica¹.

Lorenzetti,² por su parte, reconoce tres tipos de categorías:

. Derechos sobre bienes jurídicos individuales: el interés es individual, la legitimación también y cada interés es diverso de otros, cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral. Es el modelo tradicional del litigio singular.

. Derechos sobre intereses individuales homogéneos: La afección es individual, la legitimación es individual, pero el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión. Por eso es razonable que se dicte una sentencia que sirva para todos los casos similares, dándosele efectos *erga omnes* a la cosa juzgada.

. Derechos sobre bienes jurídicos colectivos: el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular. Puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público).

Este criterio ha sido receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Halabi”³ distinguiendo los derechos en: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (éstos tutelan un bien colectivo que pertenece a toda una comunidad, son indivisibles y no admiten exclusión alguna, como por ejemplo el ambiente y por ello, la satisfacción de uno implica la satisfacción de todo el grupo) y los derechos de incidencia colectiva relativos a los intereses individuales homogéneos, donde hay un bien colectivo, pero se afectan derechos individuales enteramente divisibles, que pueden ser personales o patrimoniales.

La tutela de este tipo de derechos se encuentra plasmada en la garantía constitucional de los artículos 41⁴ y 42⁵, que reconoce el derecho

¹ Instrumento referencial de procesos colectivos aprobado en Caracas en el año 2004.

² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, 1º Ed., p. 19

³ CSJN: “Halabi, Ernesto c/Poder Ejecutivo Nacional- Ley 25.873 s/ Amparo “, 24/2/09, Fallos: 332:111

⁴ Artículo 41 Constitución Nacional: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano u para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y

de los ciudadanos a un ambiente sano, de los usuarios y consumidores y a su vez, el Artículo 43 de la Carta Magna prevé la tutela del amparo colectivo para proteger los referidos derechos, o a través de la elevación a rango constitucional de los pactos de Derechos Humanos⁶. Estos derechos colectivos, como derechos de la sociedad, encuentran apoyo también en el Preámbulo al referirse al deber de “promover el bienestar general”

Por su parte el Código Procesal Constitucional de Tucumán, primer digesto de esta materia en el país, contempla la protección de tales derechos en sus arts. 71 y 75.⁷

tiene el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos.”

⁵ Artículo 42 Constitución Nacional: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

⁶ Por el Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, se reconoce jerarquía constitucional a los siguientes instrumentos: La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, declara dicho inciso que los tratados y los concordatos celebrados con la Santa sede tienen jerarquía superior a las leyes.

⁷ Artículo 71. Extensión. La defensa jurisdiccional de los intereses colectivos comprende la tutela de la salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del medio ambiente de conformidad a los principios contenidos en el art. 36 de la Constitución Provincial; la preservación del patrimonio cultural y de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos amparados por el inc. 1 del art. 124 de la Constitución Provincial; la correcta comercialización de mercaderías a la población, la competencia leal y los intereses y derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos; en general, la defensa de valores similares de la comunidad y de cualesquiera otros bienes que respondan, en forma idéntica, a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social.

Artículo 75 - Acciones. Cuando un acto, decisión, hecho u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o local, o de entidades o personas privadas, de forma arbitraria o ilegal ocasione lesión, privación, perturbación o amenaza en el goce de intereses difusos, puede ejercerse ante los tribunales correspondientes las acciones de “amparo de

El Código Civil y Comercial Unificado reconoce dos tipos de derechos: a) los individuales en los que cada interés tiene un titular individualizado y b) los de incidencia colectiva en los que puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso) o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o el Estado (interés público) pero el bien jurídico protegido es colectivo. Prevé el abuso del derecho como una cláusula para valorar si el ejercicio del derecho individual es conforme a la “función” que tiene respecto del derecho de incidencia colectiva⁸.

Es decir, regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia “colectiva” entendiendo por esta última, aquella que involucra grupos, clases o categorías o la sociedad en su conjunto. Con ello pone límites a los derechos individuales, propios o subjetivos, por causas socioambientales.

El art. 240 establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, que “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva” y “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, de la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros según los criterios previstos en la ley especial”. A través de este artículo se introduce el concepto de ambiente y el macro fin del derecho ambiental, que no es otro que la sustentabilidad que demanda necesariamente una labor de articulación político jurídico, y el art 241 pondera por un lado, la necesidad de implementar las disposiciones previstas en leyes especiales de presupuestos mínimos, y por el otro, llama a desarrollar un juicio de ponderación o razonabilidad en función de los bienes, intereses y derechos en juego, en casos de controversias en el ejercicio de derechos individuales y derechos de incidencia colectiva.

A través de la tutela de intereses o derechos colectivos en un pleito

protección” de los intereses colectivos, para la prevención de un daño grave o inminente o la cesación de perjuicios actuales susceptibles de prolongarse; o de “amparo de reparación” de los daños colectivos, para la reposición de las cosas al estado anterior del daño producido a la comunidad interesada.

⁸ Artículo 14 Código Civil y Comercial Unificado: “*Derechos individuales y de incidencia colectiva*. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derecho de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los

se persiguen varios objetivos: acceso a la justicia, economía de trámite, celeridad y concreción efectiva del derecho material, a lo que podemos agregar que también se puede lograr la promoción de políticas públicas por parte del Estado⁹, su tutela efectiva requiere el reconocimiento de una especial legitimación para promover la defensa de los mismos, lo que va a repercutir directamente en el alcance subjetivo de la cosa juzgada de la sentencia firme.

El planteamiento de estos derechos en sede judicial pone de manifiesto que los moldes procesales tradicionales no son adecuados para su abordaje caracterizadas por la trascendencia colectiva y con un contenido eminentemente prestacional, que se refleja en la circunstancia de que el cuestionamiento de los derechos sociales impone, la mayor parte de las veces, las políticas sociales que trascienden el reclamo realizado en los términos individuales y que a la vez, coloca en cabeza del Estado la realización de acciones positivas.¹⁰

Las judicialización de las políticas públicas

Con carácter previo corresponde determinar en que consisten las políticas públicas y que impacto tienen sobre la estructura orgánica funcional del proceso.

Puede decirse que las “políticas públicas” aluden a un programa concreto de acción. Son estrategias de acción, basadas en las mejores técnicas para resolver problemas públicos, llevadas a cabo por los actores autorizados por el poder estatal. Las políticas que interesa analizar son aquellas que se estructuran a partir de un programa de acción coordinado que intenta modificar el ámbito cultural, social o económico de los actores sociales considerados dentro de una lógica sectorial. Estas estrategias de acción, racionales y sistemáticas, implican la atención, intervención y solución de problemas de interés público en áreas tales como

derechos de incidencia colectiva en general.

⁹ GIDI, Antonio *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003 p.3 y ss

¹⁰ ABRAMOVICH, Victor, *El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp1/89

el bienestar, salud, educación, seguridad, cultura entre otros ¹¹

Atento el punto de discordancia operado en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la incorporación de derechos sociales se advierte la necesidad de establecer el control judicial de las políticas públicas – o de su ausencia- como forma de garantizar los derechos reconocidos en la Carta Magna. En estos supuestos, al cuestionarse la vigencia de derechos sociales, se pone en discusión la constitucionalidad de las normas que orientan la actividad estatal desde una mirada estructural y colectiva.

Estos planteos resultan exorbitantes de los moldes procesales habituales tendientes a resolver conflictos individuales entre la Administración y un ciudadano. La existencia de programas sociales parciales, desarticulados entre sí y muchas veces con fondos insuficientes para alcanzar el cumplimiento de sus objetivos, impone que se adopten nuevas formalidades para solucionar tales problemas.

En el estado democrático de derecho se reserva a los jueces el ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad así como también la operatividad de los derechos fundamentales, con el desafío de articular atribuciones con las funciones políticas a cargo de los otros poderes. La interacción de los jueces brindan sustento a novedosos modelos de procesos y de gestión caracterizados por métodos encaminados a la búsqueda de soluciones estructurales donde los jueces no sólo ejercen el control de las políticas públicas, sino que también inducen a su configuración o mejor por los órganos del gobierno.

La judicialización de las políticas públicas, entonces, ha surgido como consecuencia y para suplir la insuficiencia de la actividad gubernativa frente a la fuerte demanda social. En ese entendimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores, ordenan, exhortan, disponen y exigen a los Poderes Legislativos y Ejecutivos nacionales y provinciales que adopten con urgencia determinadas acciones positivas de políticas públicas para satisfacer requerimientos de salud, seguridad social, vivienda y educación a favor de la sociedad civil cuando haya inoperancia de estos poderes.

¹¹ VALENTINI NIGRINI, G –FLORES LLANOS U. “Ciencias sociales y políticas públicas” Revista mexicana de Sociología Vol 17 Dic 20089 pp 167/191

En efecto, cabe recordar que corresponde al Congreso legislar o promover medidas de acción positiva para garantizar los derechos constitucionales¹² y al Poder Ejecutivo la ejecución de las leyes del Congreso y la adopción de las acciones del gobierno en tanto su titular reviste el carácter de jefe supremo del gobierno y responsable político de la administración del país.

La construcción de un mayor número de establecimientos penitenciarios, la determinación del monto de los subsidios, pensiones y jubilaciones, la construcción y equipamiento de hospitales públicos, las condiciones de asistencia, tratamiento, rehabilitación y suministro de medicamentos a los enfermos mediante un sistema público de salud son cuestiones esenciales de políticas a desarrollar por éstos poderes.

Los derechos sociales, económicos y culturales son una importante fuente de judicialización de políticas públicas pues, son de “sensible interés social” ya que se levantan como litigios masivos o mega causas, y se encuadran en la tipología de casos difíciles, relevantes, complejos, de prueba ríspida o alta tecnología¹³; al requerir una acción positiva estatal, la inacción del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo provoca el reclamo judicial de su cumplimiento por parte del ciudadano quien entiende que el Poder Judicial es el guardián último de estos derechos que se encuentran garantizados constitucionalmente.

Los jueces, al decidir sobre la razonabilidad de una política pública, deberán evaluar si la medida es adecuada para lograr el resguardo del contenido mínimo de los derechos, si representa un ejercicio progresivo de la regulación del derecho y si dispone del máximo de los recursos estatales para el cumplimiento de tales obligaciones; también podrán evaluar si la misma resulta adecuada a los fines de garantizar la igualdad, la participación de los afectados y el acceso a la información y a la justicia de éstos”

¹² Artículo 75 inc 23 Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso.....legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral de protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”

¹³ MORELLO, Augusto M. “Dificultades en la prueba en procesos complejos”, Rubinzal Culzoni, 2004

En nuestro derecho la judicialización en materia de derechos humanos que se avizora desde la década de 1990 y ello se debe fundamentalmente a dos aspectos centrales: por un lado, el desarrollo histórico de los derechos humanos de segunda generación y la convicción de su exigibilidad judicial; y por otro la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos en virtud del art. 75 inc 22 de la reforma de 1994.¹⁴

Marco procesal de tutela de las políticas públicas

Advertimos una ausencia u orfandad de un marco procesal para la tutela adecuada y diferenciada de estos derechos lo que ha motivado que, en numerosos casos los jueces oscilaran entre el activismo judicial y la neutralidad apática¹⁵

Con este trabajo, lo que pretendemos es realizar un pequeño aporte para el fortalecimiento de esta práctica en nuestro ordenamiento, acercando algunas reflexiones que permitan a los jueces contar con herramientas para guiar su razonamiento respecto a la tutela de los derechos sociales y la implantación de políticas públicas.

A tales efectos, consideramos que se deberán fijar estándares evaluativos tanto para la declaración de los incumplimientos como para la fijación de metas de cumplimiento y su control ulterior en la fase de ejecución de sentencia. Ello, asumiendo que no es tarea de los jueces diseñar políticas existentes con estándares jurídicos aplicables y que, en caso de hallar divergencias, reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia¹⁶

En esa línea se puede señalar que existen obligaciones estatales respecto a los derechos sociales y políticas públicas que deben

¹⁴ Con la reforma constitucional del año 1994, el art. 75 inc 22 no sólo declara la superioridad jerárquica de los tratados respecto de la ley, sino también el rango constitucional de los tratados de derechos humanos mencionados por el mismo y aquellos que en el futuro adquieran dicho *status* mediante el procedimiento previsto en el art. 3° de dicho inciso.

¹⁵ “La necesaria tutela diferencial de los DESC. Apuntes sobre la función remedial del Poder Judicial. Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal Bs As 2009 publicada en el Libro de Ponencias Generales p 139/149

¹⁶ ABRAMOVICH – PAUTASSI “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales” Revista de la CEPAL N° 88 año 2006, p 35

necesariamente implementarse y por ello se debe otorgar herramientas concretas a los jueces para la evaluación de la conducta de los Estados. Existe un umbral de respeto de los derechos, a partir del cual surge una obligación complementaria de “adoptar medidas progresivas” para su mejoramiento utilizando el máximo de los recursos disponibles. Además de garantizar el goce de los derechos en condiciones de “igualdad” y sin “discriminaciones arbitrarias” brindando una correcta información a fin de que participen todos los afectados en el diseño de las políticas públicas y en el acceso de éstos a la justicia.

Todos estos elementos conceptuales resultan de suma utilidad a los fines de establecer un adecuado control judicial aplicando a la revisión de políticas públicas, dando contenido concreto al “control de razonabilidad” que los jueces pueden realizar sobre las cuestiones sometidas a su revisión. Con ello se logra delimitar la noción de razonabilidad, en el obrar de la Administración, razonabilidad que habrá de medirse en cuanto a la adecuación del medio empleado para alcanzar ciertos fines. Entonces, los jueces, al decidir sobre la razonabilidad de una política pública, deberán evaluar si la medida es adecuada para lograr el resguardo del contenido mínimo de los derechos, si representa un ejercicio progresivo de la regulación del derecho y si dispone del máximo de los recursos para el cumplimiento de tales obligaciones. También podrán evaluar si la misma resulta adecuada a los fines de garantizar la igualdad, la participación de los afectados y el acceso a la información y a la justicia de éstos. Debe tomarse como máxima que “a mayor injerencia en cuestiones de política pública, mayor carga de la argumentación en cabeza de los jueces”

Entendemos que, efectuado el reclamo en un contexto individual y aislado, los alcances de la decisión habrán de quedar limitados a ese caso, dejando sin solución el problema para el resto de los afectados que no pudieron (por las razones que fueran) acceder a la defensa judicial de su derechos. Por ello, el proceso colectivo se muestra como una alternativa procesal que hace valorar soluciones alternativas, en el cual se prevé la posibilidad de analizar desde lo colectivo reclamos individuales que pongan

en discusión aspectos de incidencia colectiva¹⁷ Los límites de un proceso individual gobernado por el principio dispositivo, aún atenuado, se muestra insuficiente para este tipo de debates, en los que los jueces debieran adoptar seguramente actitudes de mayor dirección del proceso.

En las sentencias colectivas se avizora un claro activismo judicial que avanza sobre áreas que en otros tiempos se consideraban propias de la Administración ejecutiva, lo que a decir de Lorenzetti¹⁸ abrió un debate formidable sobre el denominado “litigio público”, es decir, todas aquellas decisiones que tienen efectos regulatorios generales y que, en mayor o menor medida, avanzan sobre zonas propias de los otros poderes”.

Por ello, consideramos que el activismo es el resultado de una serie de variables que interactúan en determinados periodos, entre las que podemos destacar: a) la demanda social existente (su contenido y nivel de presión); b) el rol de los otros poderes y la falta de respuesta a ese reclamo social; c) la composición del tribunal, su independencia y fortaleza; d) la existencia de un marco constitucional adecuado.

Acordamos con Verbic¹⁹ que ante el cambio de paradigma experimentado por el principio de división de poderes en el marco del nuevo modelo de Estado que nació a la luz de la reforma constitucional de 1994, el Poder Judicial se encuentra llamado a asumir más que nunca, su rol de custodio del juego en el sistema democrático.

Aproximación al diseño de un proceso colectivo de tutela de políticas públicas

La falta de regulación adecuada sobre la materia es difícil de justificar a esta altura de los tiempos, no sólo por el reconocimiento judicial del asunto, sino también por las finalidades y ventajas que podrán alcanzarse; por ello, si bien contamos con un mecanismo de tutela de derechos de incidencia colectiva, previsto en el texto constitucional, el amparo colectivo,

¹⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Aida “*Caminhos e descaminhos do controle jurisdiccional de políticas públicas no Brasil*” Forense, Río de Janeiro, 2011

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni 1º Ed. Año 2008 p. 236

¹⁹ VERBIC, Eduardo, “*Procesos colectivos*”, Ponencia del XXIV Congreso Nacional de derecho Procesal Año 2007 Mar del Plata,.

resulta imperioso una reglamentación procesal de esta garantía,

Este reclamo deviene importante si se toma en cuenta que las leyes marco 25.675 (Ley general del Ambiente) y 26.361 (Derechos de los Consumidores) y sus modificatorias han demostrado la insuficiencia de sus previsiones para resolver los conflictos colectivos, por ello la insistencia de una reforma genérica a fin de reforzar la seguridad jurídica y la confianza de los operadores en el sistema de administración de justicia²⁰.

Al estructurar un proceso colectivo, efectuamos un humilde aporte considerando que, a fin de permitirle al juez tomar decisiones razonablemente justificadas deben concurrir las siguientes condiciones:

. Debe contemplar la participación en el proceso de los legitimados habilitados para promover la acción, esto es: el afectado, Defensor del Pueblo y las asociaciones intermedias y controlar la idoneidad del representante.

. Se debe atribuir la extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada *erga omnes*, salvo en aquellos casos en que la pretensión es repelida por insuficiencia de pruebas, supuesto en que cualquier miembro del grupo que no hubiere participado directamente del pleito podrá deducir la misma pretensión, a través de una nueva acción en base a pruebas que no se hubieren ofrecido en el primer proceso, criterio adoptado por el Código Modelo, también se debe establecer el plazo de caducidad para interponer la acción individual y los requisitos de procedencia de la mismas.

. La publicidad adecuada de la acción resulta esencial tiene los siguientes objetivos: a) establecer si el grupo o clase es determinado o determinable porque la notificación presupone la identificación del mismo; b) asegurar a todo aquel que pueda tener un interés en el resultado del juicio la posibilidad de optar por comparecer en el proceso o quedar fuera de él c) evitar la multiplicación o superposición de juicios colectivos con un mismo objeto o contradictorias sobre los mismos puntos²¹ y d).permite interrumpir la

²⁰ VEREECK, Lode *El derecho procesal* en “Elementos de análisis económico del derecho” Seguridad jurídica que, opera reduciendo los costos del proceso judicial no sólo para las partes privadas involucradas en él, sino también para el gobierno al disminuir la cantidad de juicios que debe atender. Ello sucede con motivo de la mayor previsibilidad sobre los eventuales resultados a obtener.

²¹ CSJN “Halabi, Ernesto c/ PEN s/ Amparo”, de 24/02/09.

prescripción.²² En consideración a dichos postulados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada N° 32/2014 del 1° de octubre de ese año creó el Registro de Acciones Colectivas.

Atento que los derechos colectivos, se caracterizan por la trasindividualidad del reclamo y por el interés de la sociedad en participar activamente en estas cuestiones, impone un juez que asuma un mayor protagonismo en el proceso, a fin de dar adecuada cobertura a los derechos en discusión. Por ello, la decisión judicial, además de cobrar una gran relevancia, debe ser efectiva, esto es, se deben estructurar mecanismos para que la gente viva al derecho como una realidad habitual y no como una mera amenaza de sanción. Esta cuestión se relaciona con políticas públicas que organicen incentivos institucionales que orienten hacia el cumplimiento de la manda judicial; los jueces deben estar más involucrados con el cumplimiento de las sentencias, desarrollando instrumentos innovadores para lograr efectividad. En estos procesos el juez deja de ser un mero director de la litis, para incorporarse con un comprometido activismo, y por ello debe acudir a las facultades ordenatorias e instructorias, a fin de proteger efectivamente el interés general.

Se debe permitir una amplia etapa probatoria, asegurar el principio de inmediación, citando a audiencias públicas y asegurando un amplio y público debate oral de la problemática con participación de todos los sectores involucrados, convocando al *Amicus curiae*, y estableciendo pautas claras de ejecución de las resoluciones.

También se podría intercalar un capítulo referente al trámite a imprimir en los conflictos que involucran el tratamiento de políticas públicas, cuestión ésta de mayor complejidad que se asienta en la delimitación de fondo entre los poderes jurisdiccionales y aquellos que son propios de los órganos políticos, que remite, en definitiva, a la interpretación del principio republicano de división de poderes. Ello así, teniendo en cuenta que a menudo y especialmente el Poder Ejecutivo desoye o no cumple los mandatos judiciales.

²² Código Modelo Artículo 17 “La citación válida de la acción colectiva interrumpe el plazo de prescripción de las pretensiones individuales directa o indirectamente relacionadas a la controversia”

Jurisprudencia Nacional sobre políticas públicas en procesos colectivos:

Advertimos que la mora legislativa a fin de permitir la concreción de derechos constitucionales plenamente operativos, llevaría a que se tornasen ilusorios sin un correlato adjetivo, ello, sumado a la inercia del Poder Legislativo, ha llevado a la Corte a diseñar pautas de regulación de los procesos colectivos en distintas áreas: ambiental, consumidor, salud y de político.

En el fallo “*Mendoza*”²³ la Corte ha delineado un proceso colectivo ambiental ante la petición de un grupo de vecinos de que cese la contaminación de la cuenca Matanza- Riachuelo. Se fijaron audiencias públicas, se designaron “*Amicus curiae*”, se enderezaron las falencias de los informes de las empresas demandadas, se generó la necesidad de la creación de la Autoridad de Cuenca (ACUMAR), se estableció un programa de recomposición de la cuenca y un plan de saneamiento integral de obras de infraestructura, estableciéndose plazos concretos para su ejecución y multas en caso de retardo.

La decisión judicial, al disponer el cese de las actividades generadoras del daño, redundaba en beneficio de todos los sujetos integrantes del ecosistema perjudicado aún cuando no tuvieron participación en la litis. La Corte orientó su decisorio hacia el futuro fijando criterios generales para lograr el cumplimiento efectivo de la finalidad perseguida, pero respetando el modo que dicha finalidad se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad del poder administrador.

En “*Asociación Benghalensis*”²⁴ la Corte confirmó la procedencia de un amparo interpuesto por la actora (entidad no gubernamental que desarrolla actividades contra el sida) para que condenara al Estado Nacional a cumplir con la asistencia y rehabilitación de los enfermos de sida, y con el suministro de medicamentos dispuesto por ley 23.798 y decreto reglamentario 1244/91. En este caso, se beneficiaron todos los involucrados

²³ CSJN “*Mendoza, Beatriz Silvia c/ Estado Nacional s/ Daños y Perjuicios*” 8/7/2008 Fallos: 331:1676

²⁴ CSJN, “*Asociación Benghalensis vs. Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*” 01/06/2000

en esta situación .

En “*Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/Ministerio de Salud de la Nación*” (18/12/03), referido a la provisión de medicamentos a aquellas personas que, en la provincia de Salta sufran la enfermedad pero que no hayan tenido un brote en los últimos dos años, la Corte admitió la legitimación del Defensor del Pueblo y por ende el efecto expansivo de la demanda.

En “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro*” (*Provincia de Chaco*) ²⁵ la Corte acogió la medida cautelar solicitada y ordenó al Estado Nacional y la Provincia de Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en el Departamento General Güemes de dicha provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados respecto de cada uno de los puestos sanitarios. Ello con el fin de dignificar la vida de estas comunidades que se encuentran fuera del sistema.

En el paradigmático caso “*Halabi*” la CSJN confirmó el fallo que declaró la inconstitucionalidad de la ley 25.873 (arts.1 y 2) y del decreto 1563/04. Por estas normas imponen a los prestadores de servicios de telecomunicaciones la captación y derivación de las comunicaciones que transmiten, para su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público, de acuerdo con la legislación vigente. Tal disposición, en lo que interesa, determina que la Dirección de Observaciones Judiciales de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) será el órgano encargado de realizar las interceptaciones y que los prestadores deberán obtener los recursos para realizarlas y mantenerlas en confidencialidad. Se generó un debate sobre el derecho constitucional de la intimidad vs la seguridad de la población, declarándose la inconstitucionalidad de estas normas en virtud, entre otros fundamentos, en que las previsiones de la ley exhiben vaguedad en sus previsiones de las que no resulta claro en qué medida pueden las prestatarias captar el contenido de las comunicaciones sin la debida autorización judicial y tal como está redactada la norma, existe el riesgo de que los datos sean utilizados para fines distintos que los previstos. Resulta

²⁵ CSJN Fallos: 330:4134

oportuno señalar que las comunicaciones a las que se refiere la ley 25.873 y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los arts 18 y 19 de la Constitución Nacional. “El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda injerencia o intromisión arbitraria o abusiva en la vida privada de los afectados” (conf art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

En el caso “*Verbistky. Horacio*”²⁶, la Corte hizo lugar a un habeas data colectivo y correctivo interpuesto por el actor en su carácter de representante legal del CELS disponiendo que se haga cesar en un plazo de sesenta días la detención en comisarías de menores y enfermos, así como también toda situación de agravamiento en las condiciones de detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante y ordena a los Poderes Ejecutivo y Legislativo adecuar su legislación a los estándares constitucionales e internacionales. Dispone que cada 60 días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a la Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia. Señaló que, si bien la Constitución no contempla el habeas corpus como garantía colectiva, tratándose de una pretensión sustentada en el riesgo a la salud y la vida de las personas en esas condiciones detenidas, es lógico reconocer la tutela del art 43, 3° párrafo

El Dr. Lorenzetti, declaró la necesidad de que los reclamos previsionales se tramiten a través de procesos colectivos, toda vez que ante un idéntico reclamo y a través de un solo juicio se puede solucionar la situación en que se encuentran numerosos jubilados y pensionados, y de esta manera evitar las dilaciones que se producen y que en mucho de los casos los titulares del derecho reclamado no llegan a ejercerlo. En este entendimiento la Corte Suprema de Justicia dictó el caso “*Badaro I*”²⁷ mediante el cual reconoció al actor el reajuste de su haber de pasividad y así como los aumentos previsionales de los que fue excluido.

La Corte estableció una serie de pautas para determinar qué tipo de movilidad podría ser considerado adecuado a la luz del precepto

²⁶ CSJN: “*Verbistky, Horacio s/Habeas Corpus*” Fallos:328:1146

²⁷ CSJN “*Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ Reajustes varios*” Fallos: 329:3089

constitucional del art. 14 bis intimando al Poder Legislativo a dictar la norma pertinente, lo que llevó al dictado de la ley 26.198 en el año 2007.

Sin embargo, el actor planteó la inconstitucionalidad de dicha norma por entender que no cumplía con las pautas fijadas por la Corte Suprema en lo relativo al alcance de la garantía de la movilidad jubilatoria, y se dictó el fallo “Badaro II”²⁸ declarando la inconstitucionalidad del art. 7ª inc 2ª de la ley 24.463 y exhortó al Congreso que dicte una ley que regule las pautas que garanticen la movilidad de los haberes jubilatorios por cuanto se verificaba una lesión a la garantía prevista en el art 14 bis de la Constitución, y en consecuencia, se dictó la ley 26.417 de “Movilidad de las prestaciones del Régimen Público”

En los autos *“Asociación Civil para la defensa en el ámbito federal e internacional de derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”*²⁹, el Máximo Tribunal sostuvo que esta asociación se encontraba legitimada para reclamarle al PAMI el reconocimiento del derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido por las leyes 22.431 y 24.901 señalando que “la protección de los derechos que invocan hacen a la satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado, aspectos que cobran preeminencia por sobre los intereses individuales de cada afectado, al tiempo que ponen en evidencia, por su trascendencia social y las particulares características del sector involucrado, la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto”.

En *“Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro”* la Corte Suprema otorgó legitimación a la parte actora para impugnar disposiciones de la reforma constitucional de esta provincia. Puntualmente se cuestionaba la introducción de un agregado que permitía reformar la Constitución mediante un procedimiento alternativo consistente en el sistema de enmiendas; la

²⁸ CSJN “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ Reajustes varios” Fallos: 330:4866

²⁹ CSJN, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados” 10/02/2015

incorporación del Consejo Asesor de la Magistratura en el ámbito del Poder Ejecutivo de la Provincia, con el objeto de intervenir en el proceso de selección de magistrados; y la integración y funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados que se creaba.

El Alto Tribunal otorgó una amplia legitimación a la entidad actora a fin de discutir en Tribunales cuestiones que hacen a la forma republicana de gobierno. Admitió que el Poder Judicial debe intervenir en este tipo de conflictos y ello no significa una intromisión en las esferas de los poderes ejecutivo y legislativo. Reiteró que “cuando se alega una ilegitimidad de la gravedad de la arguida en autos, que importaría un desconocimiento de los procedimientos constitucionales de reforma y el avasallamiento de las reglas fundamentales de funcionamiento republicano, la intervención del poder judicial no puede entenderse como una desnaturalización de sus atribuciones con relación al Poder Ejecutivo y Legislativo, sino que, por el contrario, constituye la búsqueda del camino adecuado para garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando están en juego garantías constitucionales de la índole invocada”

Conclusión

A través de Halabi, profundizado con el caso PADEC³⁰, el Alto Tribunal intentó suplir, la mora legislativa en orden a permitir la efectiva concreción de los derechos constitucionales sustantivos que son palmariamente operativos, los que, sin un sustento adjetivo, pueden tornarse ilusorios.

La falta de reglamentación específica de los procesos colectivos, así como de las facultades instructorias y ordenatorias, no sólo afecta los intereses generales de un grupo, sino también afecta otro derecho: la tutela judicial efectiva, toda vez que el modo más adecuado de proteger los intereses grupales, dado el carácter singular que revisten estos derechos, es justamente, a través de un proceso debidamente regulado.

³⁰ CSJN: “Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor vs. Swiss Medical s/ amparo”
21/08/2013

Tanto el Código Modelo y el anteproyecto de la Academia Nacional de Derecho (agosto de 2014) pueden ser tomado también como guía para su implementación.

Su reglamentación resulta imperiosa a fin de lograr la implementación de estas finalidades: 1) lograr una mayor eficiencia en el sistema de administración de justicia mediante el juzgamiento concentrado de numerosos reclamos similares, 2) facilitar el acceso a la justicia y la participación social en la fiscalización de las políticas estatales y 3) reducir los altos índices de litigiosidad.

Especialmente y en cuestiones relativas a la revisión de políticas públicas se debe contemplar la siguiente máxima: “A mayor injerencia en cuestiones de políticas públicas, mayor carga de la argumentación en cabeza de los jueces”

Dra. Estela Martinez Vazquez