



COMISIÓN 3: DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Procesos colectivos y políticas públicas

AUTORA: ABOG. VALERIA INES ENDERLE

FELICIANO 50 - PARANÁ - ENTRE RIOS

0343-154382828

enderlevaleria@gmail.com

SINTESIS: En la presente ponencia se intenta delinear el perfil del juez que decide en asuntos relativos a políticas públicas en el marco de procesos colectivos. Se exhiben características de su intervención en este campo que, en principio no le correspondería si nos atenemos a un principio tajante de división de poderes pero que, inmersos en una división de funciones puede hacerlo bajo la limitación de que se trate de una demostrada inactividad o silencio de los poderes decisores. Asimismo, se demuestra con ejemplos en materia ambiental cómo esta intervención resulta solicitada por sujetos legitimados y respondida por jueces activos.

Postulante Premio Asociación Argentina de Derecho Procesal y El Dial

EL PERFIL DEL JUEZ QUE DECIDE EN PROCESOS COLECTIVOS QUE VERSAN SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Introducción

Desde los inicios del constitucionalismo en América del Norte y en Europa, particularmente en Inglaterra y Francia se ha evaluado –en el último más que en los otros- desde el punto de vista filosófico y jurídico la necesidad de establecer declaraciones de derechos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en todos los procesos de origen de constituciones y de organización de los Estados estuvo presente la discusión sobre El Poder.

Como señala George Jellinek en su libro Teoría general del Estado¹, muchos autores desde Platón y Aristóteles han estudiado y se han ocupado de la teoría de la división de poderes, funciones o actividades basándose en la realidad que cada uno vivía y las teorías a las que cada uno adscribía.

En este sentido, consideramos que en el escenario actual la separación de poderes no puede ser concebida en los términos de Montesquieu de manera tajante y totalmente desligados unos de otros, sino que es precisa una armonización de sus funciones en virtud de los fines mismos del Estado y, en ese corredor, un derecho puede ser exigido judicialmente y el mismo juez hacerse cargo de brindar una solución al conflicto traído a juzgamiento por más que éste tenga relación con la implementación o falta de implementación políticas públicas –ámbito de actuación, en principio, ajeno a la judicatura-.

La función del Poder Judicial en un estado democrático de derecho

Como sabemos la función principal del Poder Judicial es la de impartir justicia a través de sentencias que implican la concretización, a nivel individual o colectivo, de una norma de carácter general más o menos abstracta. Así, y si bien es el carácter contramayoritario del Poder Judicial el

¹ JELLINEK, George. Teoría general del Estado. Trad. y prólogo de Fernando de los Ríos. Ed. Albatros. Argentina. 1954.

que, al decir de Gargarella², origina la tensión entre la organización democrática de la sociedad y la función judicial de revisión de las leyes, es claro que ante la inactividad u omisión de los órganos que ejercen la función legislativa y ejecutiva los jueces deben actuar en función de control, manteniendo la integridad de los fines del Estado y la vigencia de los derechos fundamentales, interviniendo en políticas públicas como una forma más del control de constitucionalidad y de convencionalidad que ejercen todos los jueces de manera difusa.

Las Supremas Cortes en Latinoamérica han tenido un inusitado protagonismo en las transiciones democráticas y en distintos momentos posteriores interviniendo de manera positiva o negativa en diferentes tópicos relativos a la vida institucional de las naciones y en lo referente a políticas públicas de relevancia social. Particularmente, nuestra Corte Suprema de Justicia, con distintas composiciones luego del regreso de la democracia en 1983, inició un camino que, con marchas y contramarchas le ha permitido constituirse hoy como un actor fundamental de la vida institucional del país. Interviene o deja de intervenir en casos según ciertos parámetros que hacen a su posición, a saber: las cuestiones políticas no justiciables, la arbitrariedad de sentencias y la gravedad institucional, con mayor deliberación, presencia mediática, transparencia e información a partir de algunas acordadas como lo han sido la 35/2003 sobre circulación de expedientes, la 28/2004 sobre Amicus Curiae, la 30/2007 sobre Audiencias Públicas, la 32/2014 sobre Registro Público de Procesos Colectivos, entre otras.

Así, y partiendo del mencionado protagonismo que tiene el máximo Tribunal del país, es fácil colegir que el rol o posición que asuman los jueces de toda la nación en cualquier proceso, podría influir directamente en la calidad de tutela que se le brinda al ciudadano o grupo de ciudadanos que acuden a los estrados de los tribunales en procura de respuestas a sus pretensiones.

Si bien se ha establecido en términos constitucionales, legales, doctrinarios y jurisprudenciales la necesidad de una tutela judicial efectiva,

² GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 1996

para la cual, como señala Marinoni³ no basta con una sentencia, sino que es necesaria la posibilidad de una efectivización concreta de la tutela buscada, estimamos que ésta debe ser re-pensada ante un escenario distinto al proceso individual, como son los casos de los procesos colectivos, y más aun, en los cuales la decisión versa sobre políticas públicas.

En este sentido, es preciso anotar que son necesarios nuevos instrumentos, alternativas de solución distintas a las tradicionales, nuevas ideas e intervenciones de actores fundamentales que colaboren en el proceso mismo con los cambios que le deben imprimir. Es por ello que, en el rol que les cabe a los jueces -para el cual gozan de ciertas facultades y prerrogativas- y, si bien debe ser excepcional, ante una demostrada inactividad por parte del organismo decisor de políticas públicas, la intromisión de los jueces en este campo implica que asuman un rol que no les corresponde pero que precisan hacer. En este sentido, creemos conveniente que indique guías, pautas o seleccione fundamentos y argumentos para la correcta tutela efectiva de los derechos de grupos afectados sin superar el umbral último de la separación de poderes o funciones del Estado, permitiendo que a través de mandatos de cumplimiento sea a quien le corresponda que responda en base a ellos.

Las decisiones en procesos colectivos ambientales

Existen procesos judiciales en los que están en juego cuestiones de salud, medio ambiente, vivienda, seguridad social, pagos de haberes, entre otras que implican aspectos de políticas públicas generales o específicas y, en los que la actitud que asuma el/la juez, será fundamental para el desarrollo y continuación del mismo.

El CPCyCN en el art. 34 da cuenta de una clara intención y de una posición ideológica que puede admitirse sin más: la de considerar al juez con potestades suficientes para dirigir el proceso. Pues, si bien se trata de cuál es la actitud del juez en el proceso, compartimos con Verbic que “vale la pena señalar que sobre el punto pueden identificarse dos grandes líneas de pensamiento, las cuales –excesivamente simplificadas- comprenden, por un

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Editorial Palestra. Lima, Perú. 2007. Pág. 279.

lado, quienes propugnan un juez espectador y pasivo ante la libre discusión de las partes, en el entendimiento que cualquier intervención en materia probatoria pondría en riesgo su imparcialidad a la hora de decidir, así como la garantía de igualdad entre aquéllas; y por el otro, quienes propugnan un juez activo y director del proceso, orientado a actuar en el campo probatorio en la medida de lo necesario (y siempre respetando la garantía del contradictorio), como medio de asegurar la igualdad real que, por razones elementales, para ser justa debe tomar como premisa hechos verdaderos”⁴.

Siguiendo esta línea, podemos decir que el juez debe desarrollar un rol más activo en los procesos colectivos que lo que hace en los individuales. Más aún en aquellos que se desenvuelven en el campo de las políticas públicas por la potestad que tienen incluso de sancionar ante la inejecución de una sentencia. Como plantea Taruffo,⁵ el problema es la selección del modelo de juez que se quiere, qué se quiere y cómo se quiere, y por ello puntualiza que “se requiere que el juez encuentre el punto de equilibrio entre los juicios de valor que realiza inevitablemente y las reglas del juego, principios de legalidad, la legalidad de interpretación, etcétera”.

El juez que admite una demanda colectiva referida a políticas públicas y, más aún en temas que hacen a la vida y salud de las personas y de la naturaleza, debe caracterizarse en su actuar con la debida diligencia en la resolución del problema que le es traído a su consideración. En su función, por tanto, no puede ser un mero espectador sino un juez comprometido, un juez que se acerca a los litigantes, siguiéndoles de cerca en sus actos y en sus omisiones, que subsana ciertos defectos en la representación, en la actuación de los abogados, en la conformación de la clase, en su notificación y en los efectos de la sentencia que los alcanzarán o no, dependiendo el sistema de cada ordenamiento jurídico. Nos referimos así a un juez interesado o comprometido, que tiene en sus manos la oportunidad de lograr construir una herramienta que transforme de una u otra manera la realidad social.

⁴ VERBIC, Francisco. Procesos colectivos. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2007. Pág. 371

⁵ TARUFFO, Michele. Cinco lecciones mexicanas: Memorias del taller de Derecho Procesal. Editorial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Escuela Judicial Electoral. México. 2003. Págs. 125 y ss.

En Estados Unidos, como señala Verbic⁶, los jueces han sabido aprovechar útilmente las facultades que les confiere la Federal Rule of Civil Procedure 23, que les acuerda un alto nivel de discreción para adoptar ciertas decisiones a lo largo de todo el desarrollo procedimental de las class actions. Poder analizar este cambio de actitud que se ha vislumbrado en los jueces de los tribunales norteamericanos lleva directamente a prorratar esa efectiva posibilidad de transformación a nuestra realidad, a nuestra judicatura.

Y hoy, podemos afirmar que, en la actualidad, ante la ausencia de normas y pautas claras procedimentales, los jueces han sabido buscar y encontrar en la insuficiente normativa infra constitucional en materia de procesos colectivos, la manera -según los casos- más o menos razonada y justificada de decidir sobre la admisibilidad de una demanda de tipo colectiva, la forma de las notificaciones de todos los miembros de la clase, la adecuada representación, su misma conformación y en caso de ser necesario, su subdivisión pero, principalmente, han llegado al fin, en la mayoría de los casos, a una justa decisión desde lo sustancial y procedimental. En asuntos referidos a políticas públicas, más aún porque, como veremos en el siguiente acápite, han sabido superar la tentación de convertirse en legisladores, y no decidir sin más la solución a los problemas planteados y, atenerse a la función que les corresponde, han guiado el accionar de la administración o legislatura indicando pautas a seguir, parámetros y no los medios o formas.

Pues, como apunta Marinoni⁷ “si la técnica procesal es imprescindible para la efectividad de la tutela de los derechos, no se puede suponer que, ante una omisión del legislador, el juez nada puede hacer. Esto por una razón simple: el derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional no se vuelve sólo contra el legislador, sino también se dirige contra el Estado-Juez. Por ello, es absurdo pensar que el juez deja de tener el deber de tutelar de forma efectiva los derechos solamente porque el legislador dejó de establecer una norma procesal más explícita”.

⁶ VERBIC, Francisco. “El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos”; en Principios Procesales. Librería Editora Platense. 2011. Pág. 246 y ss.

⁷ Ibidem, pág. 280

Casos colectivos ambientales de políticas públicas

El juez ante un proceso colectivo tiene que asumir un rol distinto al que desarrolla cuando se trata de un asunto civil, comercial, laboral, penal de caracteres individuales. Necesariamente debe cumplir su misión desde otra óptica, y cuando se trata de asuntos en los que la sociedad pone especial atención y se pueden vislumbrar necesidades ciudadanas que otras instituciones no han satisfecho adecuadamente, se observa la existencia de una asunción del proceso de toma de decisiones por parte de los jueces cuando existen demandas de tutela legitimadas por distintas pretensiones que se esgrimen.

En el campo del derecho ambiental, tenemos un caso paradigmático en el que nuestro Máximo Tribunal decidió a partir de la sentencia de julio de 2008 y sucesivas resoluciones, su intervención clara y definida en un tema de política pública como es el saneamiento de la cuenca Matanza Riachuelo. Condenó al Estado Nacional, provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como también a las empresas cuyas industrias contaminaban el ambiente a la recomposición y prevención urgente del ambiente dañado, disponiendo objetivos específicos a tener en cuenta *"...pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la Administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo..."* (Considerando 15). Asimismo, definió formas de estricto control y seguimiento en su ejecución, las que delegó en el juez federal de Quilmes, y en los sujetos formalmente constituidos como partes (ONGs), y el Defensor del Pueblo.

Esta importante sentencia, como dijimos, fue el puntapié inicial para que se comenzara, desde distintos sectores de la sociedad, y a través de sujetos legitimados como ONGs, constituidas con fines de litigación ambiental en pos de la protección de la naturaleza y el entorno que rodea el desarrollo de los seres humanos, a pretender y exigir de manera expedita respuestas al Poder Judicial en asuntos relativos a derechos exigibles que, por la inactividad u omisiones del poder político, resultan vulnerados.

Nos detendremos en casos ambientales recientes que, con ciertas limitaciones, basadas, principalmente en el contradictorio, en la discrecionalidad propia de los actos administrativos y el factor económico condicionante, han decidido sobre políticas públicas.

El primer caso es el de “Kersieh, Juan Gabriel y otros el Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo” en la que, si bien se trató fundamentalmente la forma procesal de dar curso a un amparo de tipo colectivo manteniendo y resguardando todas las garantías del debido proceso, la Corte termina reconociendo el derecho humano al agua potable, basándose en instrumentos legislativos de carácter nacional e internacional, delegando en la anterior instancia la definición del modo en que se trasuntará en la realidad la pretensión de mayor calidad en la provisión del agua potable distribuida por Aguas Bonaerenses S.A. de la ciudad de 9 de Julio, manteniendo la medida cautelar oportunamente dispuesta en relación a la distribución de agua envasada para todos los vecinos.

Por otro lado, la Justicia de Bahía Blanca en autos “Grynberg, Jimena Judith y otros s/acción de amparo”, confirmó una medida cautelar prohibiendo las fumigaciones aéreas y terrestres con agrotóxicos a menos de 2 kms. y mil metros respectivamente de una escuela rural. “La medida impuesta resulta de aplicación el principio precautorio, de suma importancia en cuestiones de medio ambiente y derecho a la salud, dado que si bien no existe certeza sobre el nivel de riesgo de la pulverización con las sustancias denunciadas, en autos juega una perspectiva de daño grave e irreversible sobre niños y personal afectado a la escuela, lo que resulta útil a efectos de impedir la posibilidad de riesgos desproporcionados.”

Este caso, nos recuerda al fallo de la Sala Segunda de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe en “PERALTA, VIVIANA c/ MUNICIPALIDAD DE SAN JORGE Y OTS. s/ AMPARO”, proveniente de la Ciudad de San Jorge, en la cual, siendo también sobre fumigaciones terrestre y aéreas⁸, buscando una mayor certeza sobre el asunto se resuelve a través de un mandato orientado a los resultados -según explica Lorenzetti en su libro de

⁸ se confirma la prohibición de fumigar de forma terrestre en 800 metros desde el barrio y en forma aérea en 1500 metros

Justicia Colectiva⁹-, tratándose de una decisión judicial que respetando la frontera constitucional no avanza en la definición de los procedimientos, reconociendo en la administración su discrecionalidad para poder adoptar el cómo conseguir los objetivos deseados o buscados.

Finalmente, vale destacar que, recientemente, a fines de mayo, las ONGs Centro de Protección a la Naturaleza (Santa Fe), Foro Ecologista de Paraná (Entre Ríos), Bios (Mar del Plata), Acción por la Biodiversidad y Naturaleza de Derechos, interpusieron Recurso Extraordinario Federal per saltum ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de que se avoque a la solicitud de suspensión de la comercialización de la semilla transgénica de soja DAS -44406-6 - con tolerancia al 2,4-D, glifosato y glufosinato-, presentada por la empresa Dow Agrosciences Argentina SA, aprobada por el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, a través de la Resolución Nro 98/15 del día 17 de Abril de 2015.

Con estos ejemplos, dejamos en claro que es necesaria otra mirada de los operadores judiciales sobre esta clase de conflictos, resultando necesario que sean estudiados en su complejidad, asumiendo los requerimientos de urgencia de las partes, dando cuenta de los conocimientos que debieran tenerse en estos temas, aceptando desconocimientos en cuanto a cuestiones técnicas no jurídicas específicas de otros campos del saber, para lo cual debe ser indispensable el actuar en conjunto con universidades, organismos públicos, y privados que denoten la interdisciplinaridad requerida a estos efectos; pero principalmente, efectuando una tarea de dirección del procedimiento –como señalaba Chayes¹⁰ al analizar el nuevo rol que asumían los jueces cuando se trataba de un proceso civil en el que se encontraban involucradas cuestiones de derecho público-, de modo de cuidar con el mayor recelo posible, la concreción de los principios de igualdad, debido proceso y contradicción, tan caros al derecho procesal.

⁹ LORENZETTI, R. L. Justicia Colectiva. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Pág. 183.

¹⁰ Citado por Verbic en “El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos”; en Principios Procesales. Librería Editora Platense. 2011. Pág. 242

En este sentido, los magistrados diseñan ciertos mecanismos, programas, planes, hacen divisiones en las pretensiones, explicitan cuestiones particulares que implican decisiones inteligentes y novedosas a partir de las cuales declaran la existencia de daños, condenan a los responsables, incitan a los organismos públicos a actuar en tanto sus funciones, imponen sanciones, obligan a hacer o no hacer a través de mandatos de necesario cumplimiento.

Por lo tanto, en la medida de lo necesario, para la buena resolución de un conflicto colectivo que presente complejidad en relación a políticas públicas el juez puede incursionar en ciertos caminos de pruebas novedosas, formas distintas de intervención de terceros en el proceso – amicus curiae, por ejemplo-, variar actos procesales que no se adecúen al devenir del proceso, etc. Todo ello implica posibilidades nuevas de actuación y caminos con ciertas dificultades por transitar pero con una importante carga ya que, como opina Lorenzetti “el aspecto más relevante de la sentencia colectiva es que, al tener efectos normativos ‘erga omnes’ obligan al juez a pensar como un legislador o un administrador gubernamental”¹¹.

Conclusiones

El juez debiera sin dudas cumplir un rol de suma importancia en un proceso común de tipo individual pero consideramos que las circunstancias y condiciones en las que se producen los conflictos con caracteres colectivos en nuestro país y, el hecho que no contemos con una legislación procesal mínima o general para esta clase de procesos, implica que el papel del magistrado sea más relevante en los procesos colectivos y así, consecuentemente, su forma de participar y decidir en ellos y, cuando su participación en el proceso implica adoptar una decisión relacionada con políticas públicas debe actuar con mayor cuidado y recelo de sus límites funcionales.

En este punto aunamos opinión con Verbic,¹² quien en una nota en su trabajo publicado en el Libro titulado “Los principios procesales”, explica que

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Justicia colectiva. Rubinzal-Culzoni Editores. 2010. Santa Fe. Pág. 170.

¹² Ibídem, pág. 245

“En el marco de un proceso individual, la presencia de un juez activo, atento y razonable en el ejercicio de su discreción lleva sin lugar a dudas a lograr un mejor resultado, a obtener una sentencia más justa y del modo más eficiente posible en términos tiempo y recursos, tanto del sistema de Justicia como de las partes involucradas en el proceso. A pesar de estas claras ventajas, la ausencia de un juez con las mencionadas características no impide que el proceso se desenvuelva y llegue a obtener una sentencia que resuelva el conflicto. Será un proceso costoso, extremadamente lento y que en muchos casos terminará con una sentencia que no es todo lo justa que podría haber sido. Pero es un proceso al fin (...) Una acción de clase, por el contrario sólo puede funcionar en la medida que el juez ejerza el papel de director y verdadero administrador del proceso en forma decidida. Sin tal participación es prácticamente imposible que la discusión puede desenvolverse, y mucho más que el sistema brinde algún tipo de respuesta al conflicto. Es en este sentido que el rol activo del juez no es ‘esencial’ en los procesos individuales, mientras que asume tal carácter en el marco de una acción de clase”.

En esa línea, es preciso que el juez vele por el cumplimiento de las normas constitucionales que contemplan la garantía de protección de los derechos fundamentales y principalmente el debido proceso, garantizando la efectiva tutela judicial pues, como señala Marinoni,¹³ “el juez tiene el deber de preferir la interpretación que garantice la máxima efectividad a la tutela jurisdiccional, considerando siempre el objeto que debe ser tutelado (la tutela del derecho material) y la realidad social”.

Así, y como ya lo hemos expuesto, ante un proceso colectivo con las particularidades que cada caso presente, el juez debe adoptar una actitud proactiva exhibiendo “sensibilidad, realismo, flexibilidad suficiente, a la par que idoneidad, y rigurosidad necesaria, para obtener el fin que persigue(n)...”,¹⁴ ejerciendo su ministerio en cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales.

¹³ Ibídem, pág. 282

¹⁴ CAFFERATTA, Néstor A. “Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo”. JA. 2008-II-288.