

# Los recursos del juez frente a los procesos colectivos y estructurales



*Belén E. Donzelli \**

## 1. Advertencia al lector

Preliminarmente, es oportuno advertir al lector que este breve artículo se propone como objetivo reflexionar sobre la implicancia que tiene la ausencia de una ley que regule los procesos estructurales. Es que ello ha colocado al Poder Judicial frente a un nuevo rol. Asimismo, ha forzado la elección de alternativas novedosas en aras de sobrellevar los procesos colectivos.

Dada mi cercanía con la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, me permitiré traer a colación algunas decisiones recaídas sobre este tipo de procesos.

## 2. Algunas primeras ideas

Ante la existencia de un caso en el que se discute cierto tipo de vulneración de los derechos fundamentales garantizados en el bloque de constitucionalidad vigente le corresponde al juez dilucidar la exis-

\* Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas (UCA), Diplomada en Derechos Humanos (American University Washington College of Law) y en Control y Gestión de Políticas Públicas (FLACSO). Cursada completa de la Especialización en Derecho Constitucional, tesina pendiente de aprobación (UBA). Docente de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad Católica, de la Universidad de Morón y de la Universidad Nacional de José C. Paz. Funcionaria de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

tencia (o inexistencia) de esa afectación y obligar al Estado (a los poderes constituidos) a garantizarlos a través de medidas de acción positiva. En efecto, dado que corresponde al Estado velar y preservar los derechos, será el poder judicial quien deberá arbitrar frente a un incumplimiento en el modo de operativizar las prerrogativas fundamentales.

En este punto, se expuso que “en materia constitucional se resuelven cuestiones sobre la base de normas generalmente elásticas, abiertas, indeterminadas, imprecisas, ambiguas o simplemente vagas. Esta característica demuestra, desde luego, que en este campo se concede un amplio margen de actuación a sus jueces [...]”.<sup>1</sup>

Es decir, será el juez quien en definitiva desentrañe el derecho en pos de una mayor protección, pues de él también depende completar o atribuir un sentido a la norma o bien declarar la vulneración del derecho. Así, mediante sus decisiones se delimita e interpreta lo que el derecho es.

En este sentido, Hans Kelsen sostiene que

la sentencia judicial no es un acto declarativo, sino constitutivo de las circunstancias a las que se refiere y en las que basa su decisión. De esta manera, la determinación por el juez de los hechos que motivan el proceso se funda en lo invocado por las partes y en las pruebas presentadas durante el juicio; pero la decisión, una vez adoptada, adquiere valor propio e independiente de los motivos que la determinaron.<sup>2</sup>

En definitiva, mediante la interpretación de la norma jurídica, la decisión del poder judicial tendrá incidencia social pues el juez deberá decidir en las controversias suscitadas en pos de garantizar un derecho fundamental.

Expresa Abramovich que

Es indudable que este modelo de sistema constitucional otorga a los jueces un amplio poder sobre el legislador y el gobierno, por cuanto la norma constitucional con un contenido amplio de obligaciones negativas y positivas comienza a irradiar e influir en vastos campos de la actividad política y de la vida social, y el juez como intérprete de la Constitución, no sólo cuenta con la facultad de invalidar decisiones legislativas contrarias a las normas y principios constitucionales, sino que puede en aplicación directa de la Constitución obligar al legislador y al gobierno a asegurar por la vía de acciones positivas las directivas constitucionales.<sup>3</sup>

1 Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons, p. 19 y su nota.

2 Guibourg, R. A. (2010). *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, pp. 45 y ss.

3 Abramovich, V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales, en V. Abramovich y L. Pautassi (comps), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 5 y ss.

Así, el poder del juez es social y político pues, alude Manili

mediante el ejercicio de su control, los jueces influyen en dos relaciones de poder: 1) el equilibrio entre los poderes de Estados. En palabras de Sagües “sus decisiones contribuyen a delinear los rasgos fundamentales de la arquitectura estatal, y pueden delimitar los ámbitos de poder de cada uno de los órganos de gobierno”. [...] 2) El equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de sus habitantes: el llamado “poder de policía”, las limitaciones a los derechos a través de su reglamentación, las restricciones a esos derechos en estados de emergencia y la existencia y efectividad de las garantías procesales para la defensa de los derechos, son cuestiones que caen cotidianamente bajo la competencia de los jueces. Hablar de equilibrio de poderes es hablar de política.<sup>4</sup>

En este sentido, manifiesta el autor que

las técnicas y métodos de interpretación de normas son diversas: textual o literal, contextual o sistémica, histórica, subjetiva, estática, dinámica, etcétera. Sabemos también que, en algunos casos, la aplicación de un método u otro de interpretación puede hacer variar el resultado de la decisión. [...] Cuando los [Tribunales Superiores] ejercen el alto rol político de controlar la constitucionalidad de normas y actos de los demás poderes, [...] [deben hacerlo en pos de] garantizar a los justiciables el máximo goce posible de sus derechos.<sup>5</sup>

Resulta, en definitiva, que en la asunción de tan importante tarea, los jueces han asumido un rol más activo dependiendo de los derechos que estén en juego.

### **3. ¿Qué se espera de los jueces? El acceso a la justicia y los casos colectivos**

Dicho lo que antecede, deseo observar la vigencia de las palabras de la CSJN en los renombrados casos “Siri”<sup>6</sup> y “Kot”:<sup>7</sup> “allí donde hay un derecho, debe existir un remedio para hacerlo valer”. Esta fórmula fue de suma utilidad para el máximo tribunal federal en la medida en que se vio necesitado de resguardar los derechos constitucionales frente a la ausencia de mecanismos válidos para viabilizarlos.

Es que el derecho de acceso a la justicia es un derecho humano fundamental y representa, entonces, la puerta de entrada para las personas a los distintos cauces institucionales provistos por el Estado para la resolución de sus controversias.

Como señala Botassi “lo que caracteriza a un sistema protector de los derechos fundamentales no es

4 Manili, P. L. (2014). *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 203-204.

5 *Ibid.*, p. 220.

6 CSJN. Sentencia del 27 de diciembre de 1957. “Siri, Ángel s/ habeas corpus”. *Fallos* 239:459.

7 CSJN. Sentencia del 5 de septiembre de 1958. “Kot Samuel SRL s/ amparo”. *Fallos* 241:291.

su enunciación teórica sino la existencia de herramientas procesales que aseguren su efectiva vigencia en caso de inacción o desconocimiento por parte de las autoridades”.<sup>8</sup>

Esta misma argumentación fue utilizada en el *leading case* “Halabi”<sup>9</sup> en el que la CSJN reconoció el derecho que le asistía a la clase que consideró representada por el actor ante el silencio del Congreso, que en 15 años (a la fecha de la sentencia) no había logrado regular los procesos colectivos.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los jueces en cumplimiento de la Constitución local protegieron derechos fundamentales y aplicaron las garantías constitucionales consagradas tanto a nivel nacional como local. Frente a la controversia sobre el resguardo de derechos o intereses colectivos que no pertenecen a los individuos solos en particular, sino a la comunidad, desafiaron también la dogmática procesal tradicional y acudieron a la creación pretoriana de cauces procesales tendientes a dar trámite a acciones que involucraban este tipo de derechos y adaptaron en forma pretoriana la garantía constitucional del amparo a los planteos colectivos.

Tal como sostienen Courtis y Abramovich<sup>10</sup>

una dificultad particular que se ha presentado con la justiciabilidad de los derechos sociales surge de que gran parte de las acciones judiciales han sido diseñadas para conflictos entre individuos privados. Ello dificulta en alguna medida el litigio en materia de derechos sociales, porque en muchos casos estos derechos tienen dimensiones y proyecciones colectivas.

Llegados a este plano, en la doctrina se ha hablado del litigio colectivo (amparo colectivo, proceso colectivo) refiriendo que el “fenómeno de las acciones colectivas supone una revolución que acarrea reelaborar gran parte de las instituciones sobre las que se asienta la teoría general del proceso: la acción, la legitimación y como gran asignatura pendiente para el legislador, la cosa juzgada y la ejecución”.<sup>11</sup>

Resultan esclarecedoras, al respecto, las palabras de Christian Courtis<sup>12</sup> quien afirma:

El litigio complejo o de reforma estructural no pretende la evaluación de la conveniencia o bondad de una política pública –o de su ausencia– por parte de los jueces, sino la determinación de que una situación de alcance colectivo viola un estándar o parámetro exigido por el ordenamiento jurídico. En este sentido, y con las particularidades del caso –que en la Argentina están dadas fundamentalmente por la escasa tradición en materia de acciones colectivas–, la adjudicación en este tipo de litigio se enmarca perfectamente en la función tradicional asignada a los jueces: resolver controversias sobre una base legal.

8 Botassi, C. (2008). Los DESC en la Constitución Argentina. *Alerta Bibliográfico* 7(181), p. 140.

9 CSJN. Sentencia del 24 de febrero de 2009. “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo”. *Fallos* 332:111.

10 Abramovich, V. y Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 81.

11 Armenta Deu, T. (2013). *Acciones Colectivas. Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Madrid: Marcial Pons.

12 Courtis, C. (2006). Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos. *Jurisprudencia Argentina II*.

Sumado a esto, agrega que

El peso de este tipo de litigio radica fundamentalmente en la etapa de ejecución de la sentencia. Esta etapa –a diferencia del litigio bilateral tradicional– incluye el diseño concreto de las medidas por adoptar, el cronograma de cumplimiento y el seguimiento de ese cumplimiento. Aquí es donde juegan factores relacionados con la división de poderes y, aun en casos en los que ambas partes sean sujetos privados, con la necesidad de establecer canales de diálogo flexibles que permitan ajustar la solución concreta del caso.

Finalmente, concluye que

Al Poder Judicial le corresponde establecer las pautas a las que debe ajustarse la situación para respetar los derechos y principios en juego. La Administración debe articular la actividad destinada a superar la violación denunciada con el cumplimiento de otros deberes a su cargo. El hecho de que la solución destinada a superar una violación de carácter estructural involucre distintas autoridades y la consideración de factores presupuestarios, de planificación e implementación gradual que, en muchos casos, requieren correcciones coyunturales se aleja del tipo de decisión más o menos sencilla habitualmente adoptada por el Poder Judicial.

Es posible abordar dos implicancias que aparecen ligadas a la ausencia de normativa específica:

- 1) Sobreutilización de la figura del amparo, para aquellos casos cuyo tratamiento responde a los parámetros de los juicios estructurales.
- 2) La necesidad de adaptación de la función de la judicatura. A mi criterio, la ausencia de cauces procesales adecuados le ha otorgado a los jueces una especie de poder de regulación. Es que, de existir una reglamentación, ello favorecería a la seguridad jurídica y al estado de derecho, pues daría la posibilidad de contar con reglas preestablecidas, claras y universales (al menos en el ámbito geográfico a aplicarse).

#### **4. Sobreutilización de la figura del amparo**

Quizás, aunque no técnicamente apropiada, la acción de amparo ha sido la herramienta procesal para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, ante la falta de mecanismos procesales adecuados. En efecto

del examen de las distintas herramientas procesales que admite el ordenamiento jurídico puede vislumbrarse una mayor utilización para la defensa de los derechos económicos, sociales y cul-

turales de las acciones de amparo; quizás ello se relaciona con la naturaleza de estos derechos y la directa incidencia de ellos para el desarrollo de los hombres<sup>13</sup>.

Así, juicios estructurales y amparos colectivos forzaron los límites de una acción pensada en el marco de procesos con intereses *inter partes* y es hoy el único proceso a nivel nacional, en muchas provincias e incluso en esta Ciudad Autónoma. Conviene referir que

una generalización y aplicación indiscriminada de las medidas judiciales clásicas a litigios tendientes a satisfacer derechos económicos, sociales y culturales, sin considerar el carácter estructural de las dificultades que afectan a su satisfacción, implicaría beneficiar a aquellas personas que tienen un mejor acceso a la justicia en desmedro de aquellos que no pueden hacerlo.<sup>14</sup>

Explica Ferrajoli:

hay que reconocer que para la mayor parte de tales derechos [los DESC] nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal.<sup>15</sup>

La experiencia jurisdiccional demuestra la existencia de ventajas y desventajas en esta “sobreutilización”. Como observaremos más adelante, la naturaleza particular de este tipo de proceso nos enfrenta con algunos inconvenientes en materia probatoria. Aunado a ello, no es posible dejar de advertir que la complejidad de las problemáticas sobre las que versan los casos estructurales trasvasa, en ocasiones, los límites de la acción de amparo pensada para resolver controversias individuales.

## 5. Una nueva configuración del rol del juez

Víctor Abramovich y Christian Courtis<sup>16</sup>, en su libro señalan: “la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales”.

13 Schafrik de Núñez, F. (2013). Una mirada procesal de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de [http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/12\\_implementacion\\_sentencias\\_judiciales.pdf](http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/12_implementacion_sentencias_judiciales.pdf)

14 Thea, F. (2012). La reforma estructural en la jurisprudencia de la CSJN. *RAP* (400), p. 71.

15 Ferrajoli, L. (1999). El derecho como sistema de garantías. En L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, pp. 28-30.

16 Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Buenos Aires: Trotta, p. 46.

Si bien es cierto que, en general, todas las contiendas contenciosas requieren que se arbitren canales procesales creativos, se observa que en las acciones de amparo que involucran a este tipo de derechos, muchos operadores judiciales han asumido un rol de conducción del proceso a fin de paliar las lagunas legislativas.

Un ejemplo de ello es la producción de medios de prueba creativos o atípicos. Lo anterior se relaciona con que cada plataforma fáctica que se presenta al análisis judicial difiere necesariamente de las cuestiones que involucran a otras generaciones de derechos.

Lo que en síntesis sucede es que no es posible estereotipar las pruebas de que se valdrán todos los tribunales para dilucidar si se ha violado o no un derecho económico, social y cultural. Es decir, el comportamiento de las partes en este tipo de procesos no es el típico del proceso contradictorio de los contenciosos.

El juez adquiere un rol principal como moderador en la regulación de los aspectos procesales del amparo colectivo. Como adelanté párrafos arriba, ello se da respecto de los medios probatorios, pero también en lo referido a las notificaciones, al tipo de sentencia –que suele ser exhortativa–, a la necesidad de arribar a acuerdos conciliatorios a través de métodos participativos –mesas de diálogo, o de trabajo– y, asimismo, en lo referido a la etapa de ejecución de las sentencias.

En general, no se niega básicamente el derecho a obtener la tutela; la discusión pasa por el modo en que se podrá dar protección a ese derecho, por la intensidad de su protección; por la existencia o no, en el caso de tratarse de la autoridad administrativa, de partidas presupuestarias para hacer efectivo el derecho. Se discutirá, entre otras cosas, respecto de la legitimación procesal activa de quienes se presentan a juicio para exigir su prestación o si la vía procesal es adecuada para discutir la cuestión.

## **6. Sobre las herramientas utilizadas en casos colectivos/estructurales**

Como primera medida, nos encontramos que, ante un caso que involucra derechos estructurales o colectivos, los magistrados adoptan como medida preliminar distintos mecanismos de difusión con el objeto de poner en conocimiento de todos los potenciales afectados (favorable o negativamente) la contienda que se está suscitando en la instancia judicial. El fin es poner en conocimiento de la comunidad el tema que se está debatiendo.

En términos generales, he observado que estas medidas son adoptadas previo a la integración de la *litis*, concretamente al momento en que la demanda es incoada. Aquí, son los jueces quienes en uso de sus facultades instructorias del proceso, toman medidas tendientes a salvaguardar la adecuada representación. Ello, aun cuando no es solicitado por la propia actora, es decir, de oficio.

Cobra especial relevancia el proceder de los magistrados en tanto que actúan sin una ley que los ordene sino a partir del propio sentido común. En este punto, sin ánimo de extenderme en demasía, cabe

mencionar algunas de las medidas observadas a partir del estudio del fuero Contencioso Administrativo y Tributario porteño.

- “ACIJ y otros c/ CUCICBA” (Expte. A-2206-2016/0), en trámite ante el Juzgado N° 17 y Sala I de la Cámara de Apelaciones. El objeto del amparo era la implementación de un plan de control efectivo de las comisiones percibidas por los corredores inmobiliarios. La primera providencia del magistrado consistió en ordenar la difusión del juicio a través de medidas de publicidad. Entre otras: publicación en el B.O., radiodifusión, sistema de difusión judicial, notificaciones en el sitio web del CUCICBA, avisos a todas las inmobiliarias. Es importante destacar que esta última medida –aviso a todas las inmobiliarias–, resultó incumplida, por lo que la parte demandada fue conminada bajo apercibimiento de astreintes, lo que dio lugar a una revocatoria con apelación en subsidio. La Sala I decidió que dicho auto interlocutorio no era susceptible de apelación (art. 20 Ley N°2145).
- “VAYO, Miguel y otros c/ GCBA” (A-7770-2014/0), a cargo del Juzgado CAyT N° 23. El objeto de este proceso era la declaración de nulidad absoluta e insanable del Decreto N° 251-2014 en tanto este avanzaría contra la atribuciones exclusivas de la Legislatura para regular la organización de las Comunas (Arts. 1°, 127 CCABA, Ley N°3233). Las medidas de difusión fueron similares a las referidas en el párrafo que antecede, tomando en consideración la necesidad de oficiar concretamente a todas las personas que integran los órganos de las Comunas en tanto la operatividad del Decreto en cuestión podría incidir en el ejercicio de sus derechos.
- “GOMEZ Gloria y otros c/ GCBA” (A-14016-2015/0), en trámite en el Juzgado CAyT N°23, cuyo objeto radicaba en que se declare la nulidad y se deje sin efecto la obra correspondiente al espacio verde en una plaza ubicada en la CABA. Mediante dicha obra se pretendía la construcción de un canil. Como medida precautelar, el magistrado actuante ordenó la realización de medidas de publicación, entre las que se destacan –además de las habituales, ya referidas en los párrafos precedentes– el libramiento de un oficio a la Comuna 14 –en la que está emplazada la plaza– a fin de que mediante circular difunda los datos del juicio. Asimismo y en concreto, mientras se sustanciaban dichas medidas, ordenó como precautelar no habilitar ni inaugurar el canil.
- “CASTILLO Gabriela c/ GCBA” (A-2402-2015/0) (Juzgado CAyT N° 23). El objeto era suspender la demolición de un inmueble –petit hotel– construido a principios del siglo XX y que perteneció a María Julia Alsogaray. El carácter colectivo del caso radicaba en que se hallaba alcanzado por el Procedimiento de Promoción Especial de Protección del Patrimonio Cultural. Se dictó una medida cautelar que suspendió la demolición y se ordenaron medidas de difusión entre las que destacó la publicación en un diario de mayor circulación. Estas medidas fueron apeladas y la Sala I decidió que no se trataba de un auto susceptible de recurso (art. 20, Ley N° 2145).
- “DI FILIPPO, Facundo y otros c/ GCBA” (A-40862-2015/0), la magistrada a cargo del Juzgado CAyT N° 9, entendió sobre la operatividad de la Ley de Talles. En primer término,



la jueza ordenó, previo a aceptar su competencia y dada la posible afectación de los derechos de otras personas, que se libre oficio al Registro de Amparos Colectivos del fuero CAyT, en cumplimiento del Acuerdo Plenario N° 5. Posteriormente ordenó medidas de publicidad en el B.O., radiodifusión, cartelera en las Juntas Comunales, difusión en el ámbito judicial. Una vez cumplidas esas medidas, se le dio intervención al Ministerio Público Tutelar en atención a que estaban en juego derechos de incidencia colectiva

Los casos mencionados hasta aquí resultan suficientes como para mostrar, por un lado, lo diverso de caso a caso y de qué forma los magistrados deben actuar ponderando las particularidades bajo análisis a fin de lograr la adecuada tramitación del expediente.

Otro aspecto interesante que cabe destacar radica en el modo en que el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires inicia procesos estructurales y el modo en que viabiliza la representación de los interesados. He podido observar que, en aquellos casos cuyo objeto es lograr la urbanización o, cuanto menos, ciertas acciones tendientes a mejorar la calidad de vida de los habitantes de los distintos núcleos urbanos transitorios, las Defensorías del fuero CAyT han adoptado diversas modalidades. Por un lado, en los casos de barrios que, en los términos de la Ley N°148<sup>17</sup> han realizado los procesos eleccionarios y, por tanto, han escogido representantes, la Defensoría actuante se presenta patrocinando a estos últimos que, a su vez, asumen la representación de los restantes habitantes. Otro caso se da en los supuestos de barrios en los que no se han llevado a cabo los procesos eleccionarios. Aquí, en la actuación de la Defensoría, cobran relevancia los delegados/referentes del barrio que sin un acto formal que los escoja como “representantes” se arrogan dicha calidad. Dentro de la tramitación de los procesos en estos últimos casos adquieren especial importancia las medidas extrajudiciales de acercamiento entre el Ministerio Público y los vecinos. Es una práctica usual la de generar espacios de diálogo e intercambio de información entre las partes intervinientes del proceso. Si bien, esto no responde a una directiva formal de actuación, facilita sin dudas el propio proceso en tanto existe un flujo de comunicación asiduo.

En el plano procesal, las acciones de amparo admiten medios de prueba diferentes a los que usualmente el ordenamiento prevé.<sup>18</sup>

La inventiva en la elección de los medios probatorios aptos en este tipo de proceso puede también tener que ver con la plataforma fáctica que se presenta al análisis judicial. A su vez, estas pruebas podrán diferir de las de aquellos casos en los que estén involucrados distintas generaciones de derechos.<sup>19</sup>

17 Ley de Atención prioritaria a la problemática social y habitacional en las Villas y Núcleos habitacionales transitorios, del 30 de diciembre de 1998.

18 A modo de ejemplo, adviértase que el artículo 9 de la Ley de Amparo Local N° 2145, dispone un límite en la presentación de prueba testimonial y pericial. Es que la propia naturaleza expedita y rápida de la acción de amparo sella la suerte negativa de los pedidos de producción de prueba que por su amplitud podrían atentar contra esta. Un tema no menor es el costo que implica la producción de cierta prueba, lo que en definitiva se traduce en quién se hará cargo de las costas de su producción.

19 Un ejemplo de ello, puede verse en los casos en los que está en juego la defensa del patrimonio urbanístico o cultural, en los que se ha admitido la prueba pericial y se ha encomendado la producción de dictámenes

De los tradicionales medios, los más típicos en este tipo de casos son la prueba documental y la informativa. El reconocimiento judicial es un instrumento interesante para que el tribunal tome contacto directo con la situación de hecho que se plantea en la causa, por lo que en muchas ocasiones los procesos impondrán el acercamiento del juez al campo.

En cambio, la prueba pericial es utilizada en forma excepcional. Por dos órdenes de razones, la primera es que su producción parece no acompañar el carácter manifiesto que debe tener el acto o la omisión que dan sustento a la acción de amparo. La segunda radica en la cuestión de quién soportará la carga de los honorarios. Esta situación ha llevado a que las partes suplan este tipo de prueba con la presentación de dictámenes profesionales.

Otro medio probatorio utilizado es la solicitud de inspecciones realizadas por áreas técnicas de la autoridad administrativa. El ejemplo más típico está representado por las inspecciones para constatar la situación de seguridad de instalaciones eléctricas, de gas o de infraestructura de bienes inmuebles, v. bg.: solicitudes a la Superintendencia de Bomberos de la Nación.

En el caso del fuero CAyT local, una medida usualmente utilizada es la presentación de informes socio-ambientales por parte de la Oficina de Asistencia Técnica de la Defensoría General.

En el mismo plano procesal, otro elemento que surge particularmente manifiesto en los litigios colectivos es lo referido a la búsqueda de soluciones consensuadas entre las partes; lo que se logra a través de mecanismos de diálogo que el juez moderará.

Un tema que conviene mencionar (aunque sin ánimo de un tratamiento exhaustivo) en este momento es que lo característico de los litigios colectivos es la amplitud de su objeto.<sup>20</sup> Ello, importará del juez el esfuerzo por ir acotando a lo largo del proceso el amplio objeto que dio sustento a la demanda. Lo que, indirectamente, favorecerá al momento de dictar sentencia, para que estas no se tornen de difícil o imposible cumplimiento.

Las mesas de diálogo colaboran con lo dicho en el párrafo que precede toda vez que se requieren soluciones escalonadas, estas mesas de trabajo podrán ayudar al encuentro de las partes a fin de lograr acuerdos que serán homologados.

---

a profesionales de la Facultad de Arquitectura de la Universidad de Buenos Aires. También, en casos que versan sobre la urbanización de barrios emergentes se han solicitado comprobaciones técnicas al Cuerpo de Bomberos.

<sup>20</sup> Tal como ha quedado descrito en diversos trabajos doctrinarios, lo propio de los procesos estructurales es esta amplitud en su objeto. Ello puede constituirse tanto en una ventaja como en una desventaja. La definición quedará sujeta al trámite que le imprima el juez que entienda sobre el juicio, éste tendrá la posibilidad de ir definiendo el objeto a través del propio juicio. Incluso, es necesario advertir que, frente a los casos colectivos, el cumplimiento del objeto puede ir dándose por etapas por lo que al llegar al momento de la decisión final el objeto puede haber resultado reducido o acotado.

## 7. Sobre el modo de sortear los avatares procesales en los amparos colectivos

En el año 2004, se aprobó en Caracas el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Sus consideraciones parten de la necesidad de reconocer que “el proceso tradicional no se adecua a la defensa de los derechos e intereses transindividuales”.

De allí surge la primacía de Brasil en la introducción de la tutela de los derechos colectivos y su previsión en el año 1977 a través de la “Ley de Acción Popular”. Sin embargo se destaca la insuficiencia y la heterogeneidad sobre el tema en los restantes países. En este entendimiento se propone un Código que se adecue a la realidad existente en los diversos países americanos. Allí se sistematizan los diferentes aspectos característicos de las acciones colectivas.

La doctrina<sup>21</sup> ha aseverado que el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica resulta el esfuerzo más importante en la difícil tarea de encontrar soluciones al fenómeno de los procesos colectivos. En efecto, se trata del resultado de una reunión en la que participaron procesalistas de todo el mundo con el objetivo de analizar las diversas aristas de un complejo instituto jurídico.

El Código Modelo surge ante la incertidumbre y la consecuente necesidad de buscar estrategias de política pública tendientes a regular este tipo de proceso que, a su vez, se erige como necesario para efectivizar ciertos derechos que no se ven cabalmente tutelados a través de las tradicionales herramientas jurídicas.

Al momento de su dictado, pocos eran los países que contaban con una regulación íntegra y específica aplicable a todos los procesos colectivos. Por el contrario, en la mayor parte de los países existe una regulación fragmentada, genérica, incompleta.<sup>22</sup> Asimismo, muchas veces la regulación con la que cuenta un país difiere sustancialmente del modo en que otro se ha abocado al mismo tema. Ello responde quizá a la problemática referente a la posibilidad de disponer sobre los derechos colectivos y a las diferentes posiciones acerca de los avatares procesales a su respecto.

De la compulsión en el sitio web de la Legislatura porteña de las voces “proceso colectivo”, “amparo colectivo” se observa que no hay proyectos con estado parlamentario. En el ámbito nacional existe un proyecto con estado parlamentario (presentado el 4/3/2016 -0294-D-2016) que planea la derogación de la Ley N° 16986 e incorpora el tratamiento de los amparos colectivos.

21 Pereira Campos, S.: “Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/ class actions en América”. Relato general por América a la “I Conferencia Internacional de la Asociación de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal”, celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 6 al 9 de junio de 2012.

22 Conforme surge del documento elaborado cuya cita obra en la nota al pie que antecede, se puede advertir que países como Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, en el peor de los casos, carecen de regulación alguna o, en caso de contar con alguna esta es incompleta. Así y todo, vale destacar la advertencia del autor “aunque existen importantes voces que reclaman la aprobación de legislación en la materia en aquellos países que no la poseen... no siempre la exhaustiva regulación en sí misma representa una solución a la problemática identificada, pudiendo constituirse incluso en un problema más”. Es así que, a su criterio, concluye en la necesidad de una regulación que debe ser alcanzada de un modo extremadamente cuidadoso.

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no existe una regulación en materia de amparos o procesos colectivos. De hecho, la Ley local N° 2145, que regula la acción de amparo fue vetada en lo atinente a este tipo de proceso y, desde entonces, los intentos de legislar no han dado fruto.

En este afán, la Cámara de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó con carácter de doctrina plenaria el Acuerdo N° 5/2005 mediante el que se creó bajo su órbita el Registro de Amparos Colectivos y, recientemente, luego de varios años de trabajo sobre el tema, a fin de brindar mejor funcionalidad al anexo I de dicho acuerdo –nuevamente en pleno– dictó el N° 4/2016 (del 07/06/2016). La finalidad de este tipo de órganos es la de lograr la vinculación de procesos judiciales de similar naturaleza y evitar, de esta forma, el dispendio jurisdiccional y la posibilidad de sentencias contradictorias.

Esta iniciativa tiene su asidero tal como expresamente se menciona en las consideraciones preliminares “en la experiencia acumulada desde el año 2005 y, en particular, en razón de la doctrina que emana de la CSJN en la materia (entre otros: “Halabi” y “Padec”)” e indirectamente también en las Acordadas N° 32/2014 y 12/2016 de la CSJN. Mediante la primera, la CSJN creó el Registro Público de Procesos Colectivos, el segundo vino a precisar algunos aspectos y a fijar nuevas reglas ordenadoras del tipo de proceso.

Viene al caso mencionar que en octubre de 2016 entró en vigencia el nuevo reglamento de actuación aprobado en la Acordada N° 12/2016. Todos los tribunales nacionales y federales deberán dar estricto cumplimiento a sus lineamientos que tendrán vigencia hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule este tipo de procesos, con exclusión de los procesos atinentes a la Ley General de Ambiente y los habeas corpus colectivos de las personas privadas de su libertad. El Reglamento dispone no solo obligaciones para las partes sino también para los magistrados que intervengan a fin de evitar la superposición de acciones (véase 03/10/16, No cualquier colectivo lo deja bien. *Diario Judicial*).

En el fallo “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” del 18/8/2016, el máximo tribunal federal confirmó la nulidad del aumento tarifario para usuarios residenciales. Allí, destacó que el sistema de publicidad de los procesos colectivos aprobado a través de las Acordadas N° 32/2014 y 12/2016 tiene por objeto preservar la seguridad jurídica, en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el litigio.

Asimismo, el cumplimiento de los recaudos establecidos por las Acordadas N° 32/2014 y 12/2016 debe extremarse cuando las resoluciones colectivas puedan incidir en la prestación de un servicio público, ya que decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones.

Por su relevancia, conviene transcribir a continuación los términos utilizados por la CSJN:

Que desde estas premisas y con el declarado propósito de favorecer el acceso a la justicia de todas las personas, el Tribunal creó un Registro de Acciones Colectivas destinado a la publicidad de los procesos colectivos en el que deben inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales y federales del país (acordada 32/2014, del 10 de octubre de 2014). Asimismo, la Corte aprobó el ‘Reglamento de actuación en procesos colectivos’ al que deberán ajustar su actuación dichos tribunales, que tendrá vigencia a partir del primer día hábil de octubre del corriente año y hasta tanto el Poder Legislativo sancione una ley que regule la materia (acordada 12/2016, del 5 de abril de 2016).//Que este procedimiento destinado a la publicidad de los procesos colectivos tiene por objeto preservar un valor eminente como la seguridad jurídica, cuya jerarquía constitucional ha sido señalada por el Tribunal con énfasis y reiteración (Fallos: 317:218 y sus citas), en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso(considerandos 36 y 37). [El destacado me pertenece].

Por su lado, la Provincia de Buenos Aires ha reformado la Ley de Amparo N° 13928 (mediante la Ley N° 14192). Allí reguló el amparo colectivo y ordenó la creación en el ámbito de la Suprema Corte provincial de un Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva. Esto último fue implementado el 21/08/2013 mediante la Acordada N° 3660 de la SCPBA. Incluso en su creación la Suprema Corte se encargó de esclarecer que “resulta necesario incorporar al Registro creado legislativamente los procesos tramitados en esta provincia que resulten de incidencia colectiva aun cuando no constituyan amparos propiamente dichos”.<sup>23</sup>

La Provincia de San Juan ha dictado la Ley de Protección Jurisdiccional de los Intereses Difusos y Derechos Colectivos, N° 379-E (anterior Ley N° 6006), que dispone que se dé publicidad mediante edictos en el Boletín Oficial.

Finalmente, el actual Código Civil y Comercial unificado prevé en su artículo 14 el reconocimiento, por un lado, de derechos individuales y, por otro, de derechos de incidencia colectiva, afirmándose que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectarse al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

## 8. Conclusiones

Ante la realidad de los procesos colectivos muchas han sido las posiciones adoptadas por los distintos países según sus propias tradiciones jurídicas y procesales. Sin lugar a dudas, los esfuerzos de algunos

---

<sup>23</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Acordada N° 3660 del 21 de agosto de 2013.

han dado como resultado la aparición de regulaciones íntegras; otros países han optado por resolver en forma escalonada los avatares que se les fueron presentado; finalmente algunos han hecho caso omiso a la imperiosa necesidad de regular este nuevo tipo de proceso.

Su aparición ha venido a modificar incluso el rol ejercido por los magistrados quienes se vieron ante la necesidad de actuar por fuera de las tradicionales formas procesales a fin de dar cabal respuesta a los planteamientos que bajo este proceso se llevan a cabo.

Los esfuerzos de la doctrina han llevado a trabajar y profundizar en las discusiones. De tal modo, cuestiones clásicas como el tema de las notificaciones, la adecuada representación del grupo o clase afectado, los medios probatorios, la cosa juzgada y la ejecución de sentencias ha sido un campo de interesante discusión. En esta tesitura, ha aparecido a nivel iberoamericano el Código Modelo acogido luego de una ardua reunión entre procesalistas de la región. Tiene el afán de establecer normas medianamente uniformes en los distintos países y evitar la fragmentación normativa. Aunque su aplicación no es obligatoria, constituye una herramienta más a tomar en consideración en pos de la seguridad jurídica.

En definitiva, la existencia de una normativa clara, más allá de su conveniencia o no, aportaría a la seguridad jurídica de los justiciables que dejarían de depender del buen sentido de los magistrados. A su vez, los magistrados no verían comprometida su responsabilidad en la medida en que podrían apearse, mientras que el caso lo admita sin hesitación, a las normas procesales y/o formales. Se abriría un nuevo campo de discusión o desarrollo académico en la medida en que se podría discutir la conveniencia de la norma existente.