

CONTROL JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS (A PROPÓSITO DE UN PROYECTO DE LEY BRASILEÑO)

Roberto Omar Berizonce
Francisco Verbic

Sumario: 1. Introducción. 2. Principios procesales, competencia, vías habilitadas y pretensión. 3. La etapa preliminar. 4. Los medios alternativos de solución de controversias. 5. El proceso judicial. 6. De la reunión de los procesos en primera instancia. 7. De las relaciones entre magistrados. 8. De la acumulación de procesos en grado de recurso. 9. Los catastros (registros) nacionales. 10. Las acciones individuales y su “colectivización”. 11. Reflexiones finales.

1. Introducción

Nos proponemos analizar una reciente y muy interesante iniciativa brasileña que propicia instituir un proceso especial para tramitar los casos que involucran el control de las políticas públicas por parte del Poder Judicial¹, en correlato con el relevante *Código Modelo de Procesos Administrativos -judicial y extrajudicial -para Iberoamérica*², en cuanto regula igualmente aspectos vinculados a las decisiones con incidencia en políticas públicas. Y todo ello con la finalidad de reflejar tan complejas cuestiones *vis a vis* el actual estado de situación entre nosotros.

La breve exposición de motivos que acompaña el proyecto inicia con una afirmación que bien podría ser realizada con respecto a la situación actual en Argentina: “*El control judicial de políticas públicas es una realidad presente en el día a día de los tribunales brasileños*”. Si bien la

¹ El proyecto que lleva por título *Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas*, se originó en el CEBEPEJ (*Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais*) liderado por los profesores paulistas Ada Pellegrini Grinover y Kazuo Watanabe. Las investigaciones preliminares fueron recogidas en la obra colectiva *O controle jurisdiccional de políticas públicas*, A. Pellegrini Grinover y K. Watanabe coord., Forense, R. de Janeiro, 2011.

² El *Código Modelo de Proceso Administrativo -Judicial y Extrajudicial- para Iberoamérica* (en adelante “CMPA”) fue elaborado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aprobándose en 2012. Está publicado en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n° 14, 2012, pp. 209 y ss.. Según se señala en la exposición de motivos, la Comisión Redactora evitó utilizar la expresión “contencioso administrativo” para que el Código “*pueda servir de modelo tanto para los países de jurisdicción doble (que adoptan tribunales administrativos especiales) como para los de jurisdicción única, donde no existen tribunales especializados para el juzgamiento del Estado*”.

doctrina y la jurisprudencia del vecino país han aportado ciertas soluciones para enfrentar la problemática, lo cierto –sostiene la exposición de motivos– es que “*continúan existiendo dudas y frecuentemente el juez enfrenta dificultades concretas para decidir asuntos tan relevantes*”.

¿De dónde provienen tales dificultades? La respuesta de los profesores Pellegrini Grinover y Watanabe a este interrogante también podría trasladarse sin mayor esfuerzo a la realidad argentina. A juicio de ambos, el origen de tales dificultades se encuentra, entre otras cosas, en “*la falta de información adecuada, falta de asesoramiento, falta de contactos con la propia administración encargada de implementar la política pública en cuestión, con los demás jueces, con los tribunales superiores, problemas de orden presupuestario, dificultades surgidas de la multiplicidad de acciones individuales que inevitablemente inciden sobre ciertas políticas públicas*”.

Partiendo de esas premisas, el proyecto propone crear un nuevo proceso “*de conocimiento y contradicción ampliada*” con el objetivo de fijar parámetros seguros que sirvan tanto al juez como a las partes para atender esta clase de asuntos.

2. Principios procesales, competencia, vías habilitadas y pretensión

El primer capítulo del proyecto se titula “De la competencia y la petición inicial” y contiene previsiones relativas a diversas cuestiones de índole general. Así, el art. 1 se dedica a enumerar una serie de **principios** que han de regir “*el control de políticas públicas por parte del Poder Judicial*”. Entre ellos se cuentan los siguientes: (i) proporcionalidad; (ii) razonabilidad; (iii) garantía del mínimo existencial; (iv) justicia social; (v) atención al bien común; (vi) universalidad de las políticas públicas; y (vii) equilibrio presupuestario³.

A continuación, el art. 2° dispone que –salvo el caso de acciones constitucionales– la **competencia** para entender en casos que involucran el control de políticas públicas corresponde tanto a la justicia federal como estadual (local)⁴. Igualmente, el art. 2°

³ El CMPA también confiere un lugar preferente a los principios procesales. En este sentido, el Capítulo II (que se ocupa del proceso judicial) comienza con una Sección titulada “Principios” donde se enumeran y se brindan alguna pautas de referencia con respecto a los principios que deben gobernar el debate, a saber: tutela jurisdiccional efectiva (art. 36), debido proceso (art. 37), paridad de armas (at. 38), contradicción (art. 39), dispositivo (art. 40), poderes de instrucción del juez (art. 41), oralidad (art. 42), intermediación procesal (art. 43), concentración procesal (art. 44), dirección del proceso (art.45), impulso procesal (art. 46), orden procesal (art. 47), buena fe y lealtad procesal (art. 48), motivación de las decisiones (art. 49), publicidad procesal (art. 50).

⁴ El CMPA no contempla previsiones específicas en materia de competencia. Sólo se realiza una referencia al tema en la exposición de motivos, donde se indica que se opta “*por un modelo de competencia objetiva,*

establece en materia de **legitimación** que dicho control se efectivizará “*por intermedio de acciones colectivas promovidas por los legitimados indicados en la legislación pertinente*”⁵, y deja en claro que para reclamar la implementación o corrección de políticas públicas “*son admisibles todas las especies de acciones y remedios*”⁶.

Determinadas estas cuestiones preliminares, el proyecto se enfoca en los **requisitos que debe reunir la pretensión inicial** incorporada en el escrito de demanda. En este sentido, además de los recaudos previstos en el Código Procesal Civil, el art. 3 del proyecto impone al actor la carga de “*indicar con precisión la medida requerida para la implementación o corrección de la política pública así como también la autoridad responsable de efectivizar tal medida, la cual será citada a los fines de la fase preliminar*”. Veremos más adelante de qué se trata esta “fase preliminar”. Por ahora nos interesa destacar dos puntos.

El primero de ellos es que la carga que se impone al actor para definir con precisión el remedio que pretende obtener del Poder Judicial puede ser de suma utilidad para el juez, y también puede concurrir a evitar planteos apresurados o carentes de una adecuada instrucción preliminar al exigir un profundo conocimiento del caso y un mayor nivel de compromiso con el mismo.

El segundo aspecto a destacar es que la citación de la jurisdicción pública eventualmente encargada de implementar la decisión del Poder Judicial también será de gran utilidad para el juez. Contar con la participación de dicho órgano de Estado –además de aquel que ejerza la defensa técnica– concurre a aumentar las probabilidades de lograr un diálogo útil e informado, una mejor defensa, un proceso más ordenado y un interlocutor válido con quien avanzar en la composición del asunto del modo más rápido y eficiente posible.

independientemente de la calidad de la parte envuelta en el conflicto judicial, en cuanto al alcance de la jurisdicción administrativa”.

⁵ En materia de legitimación, el CMPA dispone lo siguiente en su art. 51 (Legitimidad para actuar): “1. Están legitimadas, para proponer una acción judicial, las personas que invoquen lesión o riesgo de lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo. 2. La acción puede ser propuesta contra órganos o entes públicos, o entes privados en la medida en que ejerzan Poder Público. 3. Puede otorgarse legitimación universal para defender intereses difusos y colectivos, así como para demandar sobre actos generales y normas. 4. Cuando el acto administrativo causa daño a un grupo de personas, cualquiera de ellas, así como los entes legitimados, podrán requerir la indemnización para todos los afectados. 5. También tendrán legitimación los órganos públicos cuando invoquen una lesión a la esfera de su competencia. 6. La legitimación de la Administración, para el cumplimiento de sus atribuciones, es amplia, comprendiendo la impugnación de normas, actos y decisiones de otras Administraciones o de los órganos públicos vinculados a éstas”.

⁶ En línea con esta amplitud, el CMPA establece en su art. 24 (Pretensiones admisibles) que “En ejercicio del control judicial de las actuaciones de la Administración, podrán formularse pretensiones declarativas, de impugnación de normas y de actos, de impugnación y de revisión de la actividad contractual, de condena (dar, hacer y no hacer) y reparatorias”.

3. La etapa preliminar

Bajo este título, el segundo capítulo del proyecto comprende distintas previsiones que regulan el alcance de una etapa preliminar orientada, fundamentalmente, a obtener adecuada información para el desarrollo del debate.

En este orden de ideas, el art. 5 establece que –luego de evaluar la demanda y corroborar que todos los requisitos de forma y contenido se encuentran cumplidos- el juez notificará al Ministerio Público y a la “*autoridad responsable*” (recordemos: la precisa individualización de ésta era una de las cargas impuestas al actor por el art. 3). Efectuada la notificación, exigirá a dicha autoridad que en el plazo de 60 días, prorrogable por otro plazo igual, presente información “*detallada*” relativa a cinco puntos enumerados en este mismo artículo, a saber: (i) la planificación y el estado actual de ejecución de la política pública a que se refiere la pretensión; (ii) los recursos financieros previstos en el presupuesto para aplicar a la implementación de la política pública a que se refiere la pretensión; (iii) la previsión de los recursos que serían necesarios para la implementación o corrección de la política pública en cuestión; (iv) en caso de insuficiencia de recursos, la posibilidad de transferir partidas de otras jurisdicciones; y (v) el cronograma necesario para atender eventualmente el pedido.

Tratándose del Estado como demandado, se supone que no debería haber ningún inconveniente en requerir esa información antes de correr traslado de la demanda. Máxime cuando: (i) según se desprenderse de la enumeración del art. 5 podría calificarse a dicha información como de naturaleza pública; y (ii) se trata de información de fundamental importancia para resolver adecuadamente una causa colectiva donde se discute el alcance, continuidad, eliminación o implementación de determinada política pública.

En el supuesto que la autoridad requerida no cumpla con la entrega de información sobre los mencionados temas relacionados con el caso, el art. 7 confiere al juez el poder de aplicar a la autoridad responsable las sanciones previstas en el art. 14 del CPC brasileño, que estatuye multas pecuniarias personales a los funcionarios a favor de la hacienda pública, pudiendo ser declarados responsables de desacato a la autoridad judicial (texto ley 10.358,

de 2001)⁷. Igualmente, autoriza al juez a convocar al funcionario responsable para que comparezca personalmente en el proceso.

Dicho art. 7 también contempla la **intervención de especialistas** para colaborar en el proveimiento y análisis de la información que la demandada debe presentar. De un lado, el párrafo 1° establece la posibilidad que la autoridad responsable de la ejecución de la política pública se sirva de “*asesores técnicos especializados*” para brindar tal información. Del otro lado, el párrafo 2° dispone que el juez podrá nombrar “*técnicos especializados*” para que lo asesoren en el análisis de la información, sin perjuicio de las consultas que pueda efectuar a órganos e instituciones “*del ramo*”.

Más allá de habilitar estas alternativas para lograr la mejor información posible a fin de resolver el conflicto, el proyecto prevé la posibilidad de que la información brindada por el Estado sea insuficiente. De darse este supuesto, el art. 8 señala que el juez cuenta con dos herramientas. La primera es que, de oficio o a pedido del actor o del Ministerio Público, podrá “*solicitar aclaraciones e información suplementaria, las cuales deben ser prestadas en un plazo razonable fijado por el juez*”. La segunda consiste en fijar audiencias para discutir sobre el asunto “*inclusive con la presencia de los técnicos involucrados*”.

En otro orden, pero no por eso menos importante, el proyecto establece en esta etapa preliminar la **posibilidad de anticipar la tutela pretendida**⁸ cuando ella involucre el “*mínimo existencial o bien de la vida asegurado en una norma constitucional de manera completa y acabada*” (art. 6). ¿Qué se entiende por “*mínimo existencial*”? El propio art. 6 define la expresión en su párrafo único: “*a los efectos de esta ley se considera mínimo existencial al núcleo duro, esencial, de los derechos sociales fundamentales garantizados por la Constitución en relación a un específico derecho fundamental invocado, destinado a asegurar la dignidad humana*”⁹.

⁷ PELLEGRINI GRINOVER A., *Ética, abuso del poder y resistencia a las órdenes judiciales: el “contempt of Court”* en *XX Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias*, San Martín de los Andes, 1999, pp. 75 y ss..

⁸ La anticipación de la tutela en procesos colectivos se ha sustentado en el art. 273 CPC. Así, por caso, el Tribunal Regional Federal de la 2ª. Región (R. de Janeiro) en acción civil pública promovida por el Ministerio Público, en fecha 31 de julio de 2012 dispuso la inmediata suspensión de todas las actividades de extracción y transporte de petróleo de Chevron Brasil y Transocean Brasil, en todo el territorio nacional, bajo pena de multa; y el cumplimiento del plan de abandono del pozo, bajo la misma pena de multa. El pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal Regional Federal y el Superior Tribunal de Justicia (resolución del 12/9/12 y aclaratoria del 1-1-12)).

⁹ El principio de dignidad de la persona es comprensivo de los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda, a la calidad ambiental, a la vida saludable (FENSTERSEIFER T., *O controle judicial das políticas públicas...* RePro, São Paulo, nº 198, 2011, pp. 110-111).

Por último, la iniciativa contempla dos **instrumentos de participación ciudadana y transparencia** muy relevantes. Por un lado, la posibilidad de que el juez realice audiencias públicas “*convocando representantes de la sociedad civil y de instituciones y órganos especializados*” (art. 8). A nuestro modo de ver sería conveniente que la realización de audiencias públicas sea, como regla, una exigencia y no tan sólo una posibilidad. Por otro lado, el art. 8 también admite la intervención como *amicus curiae* de cualquier “*persona física o jurídica, que podrá manifestarse por escrito u oralmente*”.

4. Medios alternativos de solución de controversias

El tercer capítulo del proyecto está destinado a regular el juego de los **medios alternativos de resolución de controversias** en este tipo de procesos. El principio general en la materia se encuentra establecido en los arts 10 y 11. El primero de ellos dispone que los conflictos que involucran el control de políticas públicas son pasibles de ser sometidos a arbitraje, mediación o conciliación, tanto judicial como extrajudicial¹⁰. El segundo, mientras tanto, deja en claro que “*en cualquier momento*” y una vez oído el Ministerio Público las partes podrán transigir sobre “*el cumplimiento de la obligación, su modalidad y sus plazos*”.

El mencionado art. 11 también dispone, en su párrafo único, que la transacción homologada por el juez tendrá efecto de título ejecutivo judicial y, en caso de ser consentida por las partes y el Ministerio Público, también de título ejecutivo extrajudicial¹¹. En este

¹⁰ El CMPA es todavía más amplio en la materia al establecer lo siguiente en su art. 71: “*Excepto en los casos de nulidad de actos administrativos, las partes podrán recurrir a otros medios adecuados de solución de controversias, tales como el arbitraje, conciliación, mediación, transacción y amigable composición*”. Esta habilitación para el uso de medios alternativos de resolución de conflictos está complementada por el art. 72, donde se enumeran y presentan los alcances de tres principios que deben regir la implementación de aquéllos, a saber: (i) legalidad; (ii) Isonomía; y (iii) Transigibilidad.

¹¹ El CMPA, por el contrario, no impone la homologación judicial como requisito para que los efectos del acuerdo adquieran cualidad de cosa juzgada: “*Art. 74. El acuerdo objeto de conciliación, transacción o composición consensual no requiere homologación judicial, y el acto que lo contenga tiene eficacia equivalente a la de cosa juzgada*”. Entendemos que esto puede generar serios riesgos y perjuicios, especialmente cuando el asunto comprende derechos colectivos. Lo que sí contiene el CMPA –y no, en cambio, el proyecto brasileño– son previsiones específicas con relación a cuatro aspectos del tema: (i) la ejecución del acuerdo celebrado (“*Art. 78. Será garantizado el cumplimiento de los acuerdos y de las decisiones obtenidos por medio de los mecanismos de solución de conflictos. El interesado podrá recurrir a la jurisdicción para obtener la ejecución forzada de las decisiones arbitrales, y de los acuerdos que se produzcan por el uso de tales mecanismos*”); (ii) las causales que justifican la revisión judicial de un acuerdo (“*Art. 75. El acuerdo solamente será judicialmente revisado en caso de existencia de vicios que generen nulidad absoluta o de hechos nuevos, sobrevinientes*”); (iii) alcance del poder de los árbitros (“*Art. 76. Para resolver el conflicto, los árbitros podrán declarar la nulidad de los actos de carácter particular origen del conflicto, cuando sean ilegales y esa declaración sea necesaria para la solución de la controversia*”); y (iv) causales que justifican la revisión judicial de un laudo arbitral “*Art. 77.*

punto es dable advertir que la ley no contempla ningún tipo de reaseguro procesal explícito, pero ha de entenderse que el juez sólo otorgará la homologación cuando el acuerdo transaccional configure una razonable solución del asunto. No se establece ningún tipo de publicidad o notificación previa ni posterior a tal homologación, no se regula derecho alguno en cabeza de los miembros del grupo afectado para el supuesto que no estén de acuerdo con los términos de la transacción, entre otras alternativas posibles. De ahí la significación del acto de homologación.

Por último, tenemos que el art. 12 confiere al Ministerio Público y a otros órganos públicos legitimados para promover acciones colectivas la facultad de obtener de la Administración o de cualquier ente privado un compromiso de ajustamiento de conducta sobre el cumplimiento de la obligación, su modalidad y sus plazos. Este compromiso tendrá “*naturaleza jurídica de transacción, sometiéndose a la regla del párrafo único del art. 11*” (esto es, deberá ser homologado para poder ser considerado como título ejecutivo).

5. El proceso judicial

En caso de no haberse podido arribar a un acuerdo, el art. 13 ordena al juez efectuar un **examen de admisibilidad** que comprende tanto la razonabilidad del pedido como la irrazonabilidad de la actuación de la administración. Una vez efectuado este examen, el juez puede extinguir el proceso u ordenar la citación del representante judicial de la autoridad demandada a fin de que conteste la demanda.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 14, una vez citada, la autoridad responsable de implementar la política pública en discusión “*continuará vinculada al proceso, inclusive para los fines de lo dispuesto en el art. 18*” (volveremos sobre esto más adelante). El proyecto prevé un plazo de 30 días para contestar la demanda y excluye expresamente cualquier beneficio para la Hacienda Pública en términos de extensión de plazo (art. 16).

En **materia probatoria** el art. 15 establece que todos los elementos reunidos en la etapa preliminar serán utilizados en el proceso, mientras que el párrafo único del art. 16 ordena al juez descartar aquellas pruebas que sean irrelevantes o impertinentes.

El laudo que dispone sobre un conflicto de carácter contractual, solamente será objeto de control judicial por vicios in procedendo. No habrá revisión judicial de tales decisiones por motivos de mérito”.

En cuanto a la **decisión de mérito**, el mismo art. 15 ordena al juez, siempre que fuera posible, “*privilegiar el juzgamiento anticipado de la litis*”¹². El art. 17, mientras tanto, dispone que el juez podrá ordenar “*independientemente de la pretensión del actor*” el cumplimiento de obligaciones de hacer sucesivas, la inclusión de créditos adicionales especiales en el presupuesto del año en curso o de determinadas partidas en el presupuesto futuro. Igualmente, podrá “*aplicar efectivamente las partidas a la implementación o corrección de la política pública requerida*”. Ello supone una notoria flexibilización del principio de congruencia.

El proyecto contempla también provisiones muy interesantes en materia de **ejecución de sentencias**¹³. En primer lugar, el párrafo único de este art. 17 dispone que el juez puede (de oficio o a pedido de parte) “*alterar la decisión en la fase de ejecución, ajustándola a las peculiaridades del caso concreto*”. Esta facultad puede ser ejercida por el magistrado en dos supuestos: (i) cuando el ente público promueva políticas públicas que se muestren más adecuadas que las que fueron determinadas oportunamente en la decisión; y (ii) cuando la decisión se muestre inadecuada o ineficaz para atender el derecho que constituye el núcleo de la política pública deficiente.

En segundo lugar, y con independencia del poder conferido por el art. 17, el art. 19 del proyecto habilita al juez a nombrar un “*comisario, perteneciente o no a la Administración*” para la “*implementación y acompañamiento*” de las medidas que fueran necesarias a efectos de cumplir con las obligaciones impuestas por la decisión (sea esta anticipatoria o de mérito). Este comisario puede ser una persona física o jurídica y deberá informar al juez de todo aquello que éste disponga. Sus honorarios serán fijados por el juez y el pago de los mismos estará a cargo del ente público responsable del cumplimiento de la sentencia en cuestión (art. 19, párrafo 1°).

Además de permitir al juez modificar la decisión en la etapa de ejecución y de habilitar la posibilidad de nombrar auxiliares (“comisarios”) para colaborar en esta etapa, la iniciativa contempla una obligación en cabeza del ente público responsable del cumplimiento de la sentencia que también resulta novedosa. Nos referimos a lo dispuesto en el párrafo 2° del art. 19, donde se establece que dicho ente público deberá, si fuera el

¹² El juzgamiento anticipado de la litis mediante sentencia corresponde cuando la cuestión de mérito fuere únicamente de derecho, o cuando no hubiese necesidad de producir prueba en audiencia (art. 330, CPC).

¹³ El CMPA contiene un Capítulo completo (el V) dedicado a la ejecución contra la administración pública. Sin embargo, el articulado allí previsto (arts. 62 a 66) no contempla herramientas o instrumentos pertinentes para el campo del control de políticas públicas (salvo en cuanto a la posibilidad de aplicar multa al agente responsable del incumplimiento y, tal vez, el “*deshacimiento de obras*” (ambas previstos en el art. 64).

caso, “Presentar un proyecto de ejecución de la política pública, acompañado de su respectivo cronograma”. Este proyecto será debatido entre el juez, el ente público involucrado, la parte actora, el comisario designado -si lo hubiera- y “cuando sea posible y adecuado” también con representantes de la sociedad civil. El plazo para presentar el proyecto en cuestión queda a criterio del juez, quien lo definirá “de acuerdo con la complejidad del caso” (art. 19, parágrafo 3°). Su ejecución será “periódicamente evaluada por el juez, con la participación del comisario” y, en el supuesto de mostrarse inadecuada, deberá procederse a la revisión del proyecto de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2° (art. 19, parágrafo 4°).

En cuarto lugar, y en línea con esta clara decisión de dotar al juez de mayor poder y mejores elementos de juicio para llevar adelante la ejecución de sentencias que involucran el control de políticas públicas, el proyecto de ley en estudio incorpora una herramienta de coerción bien conocida entre nosotros: las astreintes (art. 18: “las multas diarias previstas en el Código de Proceso Civil”). La novedad es que se prevé convertir en derecho positivo la facultad de aplicar tales multas en forma personal. Esto es, sobre los bolsillos de los funcionarios responsables de cumplir con las obligaciones determinadas en la sentencia de mérito o en la tutela anticipada.

Decimos que la novedad es “convertir en derecho positivo” esta facultad porque en nuestro país ella ya ha sido utilizada jurisprudencialmente en algunas ocasiones aisladas¹⁴. Si bien el art. 18 del proyecto es terminante en el sentido que las multas deben ser impuestas en forma personal, entendemos que sería conveniente dejar en manos del juez cierto margen de discreción a fin de evaluar si el incumplimiento se debe a un capricho del funcionario o a razones que escapan a su poder de decisión. De darse este último supuesto, no parece razonable que las multas deban imponerse en cabeza de quien, por más que quiera, no puede cumplir con lo que se le está requiriendo judicialmente.

Por último, la iniciativa contempla en su art. 20 un supuesto bien específico: la posibilidad que el control de la política pública no forme parte de la pretensión pero surja como una cuestión ineludible durante la tramitación del proceso, sea éste individual o colectivo. En caso de presentarse esta situación, el proyecto prevé que el juez puede, de

¹⁴ CSJN, Fallos, 329:2316, “Beatriz Mendoza”. Cabe señalar, sin embargo, que la reciente modificación al régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional (Ley N° 26.854) expresamente prohíbe esta posibilidad (art. 9). Queda por ver si esta prohibición será interpretada por los jueces como aplicable sólo al campo cautelar o bien se extenderá también a las decisiones de mérito (VERBIC, Francisco “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional establecido por la Ley N° 26.854 y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos”, La Ley Sup. Esp. Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853 23/05/2013, 155).

oficio o a pedido de parte, “*instaurar incidente que obedecerá a lo dispuesto en los arts. 26 y 27 de esta ley*”.

6. De la reunión de los procesos en primera instancia

Bajo este título, el quinto capítulo del proyecto –que contiene un solo artículo– establece que cuando varios procesos que tramitan en forma independiente y versan sobre pretensiones que, directa o indirectamente, persiguen la implementación o corrección de políticas públicas relacionadas con el mismo “ente político”, tales procesos “*serán reunidos, independientemente de conexión, para su juzgamiento conjunto*” (art. 21).

La **acumulación de todas estas causas ante el mismo juez** tiene por finalidad permitir que éste “*disponga de todos los elementos necesarios para una decisión equitativa y viable*” (art. 21). Teniendo en cuenta que la prueba producida en los distintos expedientes ha sido sustanciada con la misma contraparte (el mismo “ente político”), todo indica que no debería haber inconvenientes en trasladar, incluso de oficio, la prueba producida en cualquiera de tales expedientes para ser utilizada en el resto de los reunidos ante el mismo juez.

Por último, el párrafo único del art. 21 dispone que debe aplicarse la regla de prevención contenida en el Código de Proceso Civil para definir quién será el juez ante el cual deben reunirse los procesos.

7. De las relaciones entre magistrados

Este capítulo del proyecto contempla herramientas para atacar una de las principales causas que llevan a la falta de coordinación entre acciones pendientes ante tribunales de distintas jurisdicciones del país. Esto es, la falta de **comunicación entre los tribunales**.

En este orden, el art. 22 dispone que los tribunales “*promoverán encuentros periódicos, presenciales o por videoconferencia, con los jueces competentes para el trámite y juzgamiento de acciones que versen directa o indirectamente sobre control judicial de políticas públicas*”. El objetivo de estos encuentros está explicitado en la propia norma: lograr “*el conocimiento y la posible armonización de criterios sobre la materia*”. Además de tales reuniones periódicas, el art. 22 prevé también – en su párrafo único – que los tribunales deben fomentar reuniones regionales con el mismo objetivo y “*con periodicidad adecuada*”.

Se trata de una previsión muy interesante, aunque probablemente resulte complicada de implementar en la práctica cotidiana del Poder Judicial por la falta de cultura que existe en estas latitudes en cuanto a la comunicación entre magistrados de distintos territorios.

El art. 22 de la iniciativa no deja claro si se refiere a todos los jueces o sólo a aquellos que cuenten con causas en trámite donde se cuestionan políticas públicas. Lo razonable sería que la carga de reunirse periódicamente (de manera presencial o virtual) abarque a todos los jueces ya que ninguno de ellos está libre de recibir una causa del género. Además, sería importante que todos participen ya que el intercambio de información y el debate periódico sobre estas cuestiones concurriría a facilitar la mismísima posibilidad de identificar causas donde se discuten asuntos de política pública (causas que, de acuerdo con el proyecto y tal como hemos visto, deben tramitar con otras reglas de debate en relación a ciertas cuestiones).

En otro orden de ideas, entendemos que sería conveniente que una ley de este tipo contemple la necesidad de desarrollar y sostener una plataforma virtual de trabajo oficial (sitio web, blog, etc.) donde pueda postearse información y desde la cual ofrecer recursos, servicios, manuales de buenas prácticas y herramientas de comunicación para facilitar la obtención de los fines perseguidos. Un espacio virtual de estas características permitiría que el contacto entre magistrados sea continuo y más fluido, además de habilitar un intercambio de información entre ellos también continuo y prácticamente en tiempo real. Por último, entendemos que una herramienta del género también sería un buen mecanismo para optimizar tiempos y mejorar el trabajo en los encuentros periódicos o regionales a que se refiere el art. 22 del proyecto. Ello así por cuanto permitiría a los magistrados prepararse mejor para tales encuentros y anticiparse a interrogantes y problemáticas que surjan en distintos tribunales del país.

8. De la acumulación de procesos en grado de recurso

Este capítulo del proyecto cuenta con un sólo artículo, destinado a regular la situación que se presenta cuando un tribunal de alzada recibe diversos recursos en el marco de diferentes procesos que versan sobre el control de determinada política pública. Si tales procesos se encuentran dirigidos a discutir el asunto con el mismo “ente político y pueden comprometer el mismo presupuesto”, el art. 23 dispone que serán reunidos “para juzgamiento conjunto” en vistas a obtener “una decisión ecuaníme y viable”.

9. Los catastros (registros) nacionales

Bajo este título el proyecto regula aspectos atinentes a la registración y publicidad de distintos aspectos relacionados con procesos donde se discuten políticas públicas. A tal fin, crea **dos catastros nacionales**.

En primer lugar, el art. 24 dispone que el Consejo Nacional de Justicia será el encargado de organizar y mantener el “*Catastro Nacional de Procesos sobre Políticas Públicas*”. Este catastro tiene por finalidad permitir que los órganos del Poder Judicial y otros interesados “*tengan un amplio acceso a información relevante*” relacionada con su la “*existencia y estado*” de este tipo de procesos. Su implementación será reglamentada dentro de los 90 días de publicada la ley. Dicha reglamentación debe ocuparse del “*funcionamiento del Catastro Nacional y los medios adecuados para viabilizar el acceso a los datos, así como su seguimiento por cualquier interesado a través de una red informática mundial*” (art. 24, parágrafo 2°).

El art. 24 también dispone un deber en cabeza de los órganos judiciales ante los cuales queden radicados procesos que invoclan el control de políticas públicas: tales tribunales deben remitir al Catastro mencionado, en el plazo de 10, días una “*copia de la demanda, preferentemente por medio electrónico*” (art. 24, parágrafo 1°). Sobre este punto el proyecto establece que el reglamento a dictarse disciplinará la forma en la cual se producirá tal comunicación, debiendo comprender tanto la existencia de procesos de este tipo como “*los actos procesales más relevantes, tales como la concesión de tutela anticipada, la sentencia de mérito, su paso en cosa juzgada, la interposición de recursos y su ejecución*” (art. 24, parágrafo 2°).

El segundo catastro a que nos referíamos es el “*Catastro Nacional de Investigaciones Civiles y Ajustamiento de Conducta*” (art. 25). A diferencia del catastro a que se refiere el art. 24, éste será organizado y reglamentado por el Ministerio Público (art. 25, parágrafo 2°). La finalidad, sin embargo, es similar: “*permitir que los órganos del Poder Judicial, los co-legitimados y los interesados tengan amplio acceso a información relevante relacionada con la apertura de una investigación y la existencia de compromiso*”.

El deber de enviar la información relativa a estas cuestiones (también en el plazo de 10 días y preferentemente por medios electrónicos) ya no recae sobre el órgano judicial sino sobre “*los órganos legitimados que hubieran tomado compromisos de ajustamiento de conducta*” (art. 25, parágrafo 1°).

10. Las acciones individuales y su “colectivización”

El último capítulo del proyecto en análisis regula diferentes aspectos relacionados con la existencia de procesos individuales donde se discuten asuntos de política pública. El art. 26 dispone en tal sentido que en el supuesto de demandas “*para tutelar derechos subjetivos individuales*” que puedan “*interferir en las políticas públicas de determinado sector*”, el juez sólo podrá conceder la tutela “*si se tratara del mínimo existencial o del bien de la vida asegurado en la norma constitucional de manera completa y acabada*”, y sólo en la medida que la pretensión sea razonable y se encuentre demostrada la irrazonabilidad de la conducta de la Administración.

El párrafo único de esta norma encomienda a cada circunscripción judicial la organización y el mantenimiento de “*comisiones de especialistas destinadas a asesorar a los magistrados en los diversos sectores de políticas públicas, proveyendo datos e información que los ayuden en su decisión*”. Nada dice el precepto pero podemos asumir que en caso de que estos especialistas provean datos e información al juez, tales elementos deberían ser objeto de sustanciación con las partes.

Más allá de las limitaciones impuestas por el art. 26 con relación a lo que puede resolverse en el marco de procesos individuales, el proyecto dispone en su art. 27 que cuando se presente la situación allí prevista (esto es: pretensión individual que cuestiona determinada política pública) el juez notificará al Ministerio Público y a otros legitimados para promover acciones colectivas a fin de que, si así lo desean, interpongan la pretensión colectiva pertinente “*sobre la implementación o corrección de la política pública, el cual se registrá por lo dispuesto en esta ley*”.

Finalmente, el art. 28 establece que “*atendiendo al requisito de relevancia social y una vez oído el Ministerio Público*” el juez puede **convertir a clave colectiva** aquellas acciones individuales que: (i) tengan efectos colectivos por tratarse de la tutela de un bien jurídico colectivo e indivisible cuya vulneración afecte al mismo tiempo la esfera jurídica del individuo y de la colectividad; o (ii) tengan por finalidad solucionar conflictos de intereses relativos a una misma relación jurídica plurilateral, cuya solución, por la naturaleza de estos intereses o por disposición legal, deba ser uniforme “*asegurando un tratamiento igualitario para*

*todos los miembros del grupo y un patrón de conducta consistente y unitario para la parte contraria*¹⁵.

En el supuesto de adoptarse esta decisión de colectivizar la controversia, el proyecto prevé que el actor “*mantendrá la condición de legitimado para la acción pero en litisconsorcio necesario con el Ministerio Público o con otro co-legitimado para la acción colectiva*” (art. 28, parágrafo 1°). De no actuar como legitimado colectivo, el Ministerio Público igualmente formará parte del proceso como fiscal de la ley (art. 28, parágrafo 5°).

Sobre este punto cabe formular algunas apreciaciones. Puede ser razonable mantener al actor original en el proceso colectivo, aunque entendemos que también lo sería permitirle hacerse a un lado en el supuesto que no quiera asumir semejante carga. Más allá de eso, hay algo muy llamativo en esta previsión. Es que por medio de ella, al permitir la continuidad del actor original en este tipo de casos, el sistema brasileño estaría acordando legitimación a un individuo para discutir un caso colectivo en justicia (posibilidad no prevista en el Código de Defensa del Consumidor, norma supletoria de este proyecto en materia de alcance de la cosa juzgada según lo dispone el art. 28 como veremos a continuación).

Los parágrafos 2° y 3° del art. 28 contemplan la posibilidad que, en el plazo que el juez fije al efecto, el Ministerio Público u otro legitimado modifiquen la pretensión inicial para adecuarla a las necesidades del proceso colectivo.

El parágrafo 5° del art. 28, por último regula el alcance de la cualidad de **cosa juzgada** de los efectos de la sentencia a dictarse en el proceso colectivo. Al respecto, dispone que la cosa juzgada actuará “*erga omnes en los términos de lo dispuesto por los arts. 103 y 104 de la Ley N° 8.078 (Código de Defensa del Consumidor)*”¹⁶.

Encontramos aquí otra previsión que merece algún comentario ya que, con motivo del sistema que busca establecer esta ley, se presenta una situación bastante particular. Sucede que si la pretensión promovida tiene que ver con el control de políticas públicas, no

¹⁵ El CMPA contiene una previsión similar: “Art. 25 (...) § 4o Surgiendo en un proceso individual cuestión relativa a las políticas públicas, el órgano jurisdiccional podrá suscitar, de oficio o a petición de las partes, incidente de colectivización, transformando la acción individual en un proceso colectivo, mediante la citación de los legitimados en las acciones colectivas para añadir a la inicial y acompañar el proceso”. Además, el CMPA prevé la posibilidad de tomar un proceso como caso testigo o piloto en los siguientes términos “Art. 35. Habiendo procesos repetitivos a ser juzgados, el órgano jurisdiccional competente deberá seleccionar uno o algunos casos representativos de la controversia, quedando los demás procesos en suspenso, para que el juzgamiento de los seleccionados se aplique a los demás”.

¹⁶ El CMPA contempla dos provisiones en materia de cosa juzgada. La primera de ellas se refiere a la sentencia. Al respecto, el art. 57 dispone que “El deshacimiento de una norma o acto administrativo tiene efecto erga omnes y retroactivo, sin perjuicio de la posibilidad del órgano jurisdiccional de modular esos efectos por razones de interés público y de tutela de intereses individuales”. La segunda se refiere a los casos de composición voluntaria del asunto. Sobre este tema el art. 74 establece que “El acuerdo objeto de conciliación, transacción o composición consensual no requiere homologación judicial, y el acto que lo contenga tiene eficacia equivalente a la de cosa juzgada” (ya formulamos nuestros reparos sobre la falta de exigencia de homologación judicial).

quedarían acciones individuales a los miembros del grupo en caso que la sentencia rechace el pedido. Esto es: la cosa juzgada operaría como en el sistema estadounidense (*pro et contra*) ya que al recaer sobre la pretensión colectiva precluiría también cualquier pretensión individual. Esta situación se produce por el hecho que –de acuerdo con otras previsiones de este mismo proyecto- tales eventuales pretensiones individuales no podrán tramitar nunca en tal carácter si llevan por objeto controlar una política pública determinada (según vimos, en caso de plantearse en clave individual deberían ser colectivizadas por el juez).

II. Reflexiones finales

1. La comparación objetiva del grado de avance, en Brasil y Argentina, de las instituciones jurídicas en general y de las procesales en particular, puede sostenerse arroja resultados similares. Las realidades sociales, económicas, culturales exhiben patrones que al menos en las grandes líneas nos asemejan, y ello impulsa inexorablemente el desenvolvimiento del derecho. Por añadidura el reciente fenómeno de la globalización o, si se quiere, de la regionalización, ha traído consigo resultados virtuosos en el plano de la tutela de los derechos fundamentales, por la creciente operatividad del *bill of Rights* de las convenciones y la cada vez mayor penetración de la doctrina que, acerca de aquellos, se elabora por los tribunales de la Convención Americana.

Buena muestra de tal fenómeno, que no es diverso de aquel que CAPPELLETTI señalara cuatro décadas atrás como la tendencia “transnacional del derecho y la justicia”, lo constituye la “armonización” de hecho que se viene articulando en el proceso civil –notoriamente, en nuestros países, desde la jurisprudencia de los superiores tribunales-, a propósito de la tutela de los derechos fundamentales más sensibles. Basta recorrer la doctrina de la Corte Suprema Nacional, por caso, y cotejarla con la que se edicta desde el Supremo Tribunal Federal o el Superior Tribunal de Justicia de Brasil, para encontrar líneas de gran semejanza en el tratamiento de los conflictos que versan sobre el derecho a la vida, a la dignidad personal, la salud, la educación o la tutela de los derechos de incidencia colectiva. En unos y otros se espejan el bloque de constitucionalidad o el “núcleo duro” de los derechos fundamentales que encarecen los tratados y convenciones internacionales.

2. Es precisamente en este punto del desarrollo de los sistemas jurisdiccionales, en uno y otro país, donde emerge una de las cuestiones más complejas, cual es la judicialización de los conflictos de interés público y con ello, el involucramiento del Poder Judicial en el

tratamiento de las políticas públicas. Con ser admitido que en el modelo del Estado Democrático de Derecho se reserva a los jueces verdaderas *funciones de garantía* para asegurar, en ejercicio de control de constitucionalidad y de convencionalidad, la operatividad de los derechos fundamentales, sobreviene el arduo desafío de articular en concreto semejantes atribuciones con las *funciones políticas* a cargo de los restantes poderes. Precisamente la intervención de los jueces en función de garantía y el contenido eminentemente público de la jurisdicción brindan sustento a novedosos modelos de procesos y de gestión, caracterizados por singulares métodos “dialogales” y encaminados a la búsqueda concertada de soluciones estructurales. Es en estos procesos tan atípicos que los jueces no sólo ejercen el control de las políticas públicas sino que, también, a menudo inducen su configuración o mejora por los poderes de gobierno. Se trata de la inevitable, por muchos motivos, “judicialización de la política”.

Así como los casos “Verbitsky”¹⁷, “Lavado”¹⁸, “Badaro”¹⁹ y el ya mencionado “Beatriz Mendoza”, entre otros, han sido paradigmáticos entre nosotros, el Supremo Tribunal Federal de Brasil abordó en diversos precedentes los alcances y límites de la intervención judicial en el control de las políticas públicas²⁰.

3. La regulación legal de un proceso típico para el trámite de los conflictos que involucran el tratamiento de políticas públicas es, sin duda, necesaria en nuestros países. Claro que la cuestión más compleja no pasa por el trámite de los asuntos sino que, antes bien, 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 la división de poderes o funciones.

Mientras entre nosotros semejante deslinde se encuentra librado, en última instancia, a la interpretación judicial, queda a menudo flotando la posibilidad de que los poderes políticos –y especialmente el Ejecutivo– desoigan o incumplan los mandatos judiciales²¹. Naturalmente que lo propio acontece en Brasil. Sin embargo, allí existe una previsión constitucional expresa que asegura la operatividad de los pronunciamientos judiciales, en las condiciones del art. 102, III, texto de la Enmienda Constitucional N°

¹⁷ Fallos, 328:1146.

¹⁸ Fallos, 329:3863; 330:111 y 1135.

¹⁹ Fallos 329:3089.

²⁰ PELLEGRINI GRINOVER A., *El control de políticas públicas por el Poder Judicial*, RDP, número extraordinario *El Derecho Procesal en vísperas del Bicentenario*, 2001, pp. 324-325.

²¹ El conocido caso “Badaro” y sus vicisitudes ilustra largamente el estado de la cuestión entre nosotros (Fallos, 308:1848; 329:3089).

45/2004. Dicho precepto, regulatorio de las atribuciones del Supremo Tribunal Federal, estatuye que sus decisiones definitivas dictadas en acciones directas de inconstitucionalidad o acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la *administración pública directa o indirecta, en las esferas federal, estadual y municipal*. En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad por omisión, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias necesarias y si se tratare de órgano administrativo, para que lo haga dentro de treinta días (art. 103 § 2). La aludida Enmienda nº 45/2004 fue introducida después de haberse acordado el Pacto de Estado para la Justicia de 2004, suscripto por las máximas autoridades de los tres poderes del Estado, representantes de la Orden de los Abogados y de otras entidades.

4. Es precisamente en ese marco que se inscribe el proyecto sobre principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas que analizamos y que, hemos de convenir, constituye un precioso antecedente para un eventual marco regulatorio del tema entre nosotros. Sin embargo, debe destacarse que en Brasil –a diferencia de lo que ocurre en Argentina– los procesos colectivos cuentan con un avanzado estado legislativo. En ese contexto, el proyecto que analizamos puede entenderse como una necesaria y saludable evolución para tratar ciertos tipos específicos de procesos colectivos. Entre nosotros, todavía nos queda dar el primer paso en pos de una regulación procesal adecuada para procesos colectivos en general. Pero aun en este escenario, insistimos, el proyecto analizado puede proveer importantes ejemplos de institutos procesales novedosos en la materia e interesantes disparadores para la discusión.