

# MUTACIONES NORMATIVAS EN EL CAMPO JURÍDICO ARGENTINO: SU ROL EN EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO\*

Maximiliano Campana\*\*

**Resumen:** Desde la última reinstauración democrática, importantes cambios se vienen produciendo en el campo jurídico argentino, particularmente en cuestiones vinculadas al reconocimiento y efectivización de derechos difusos. Estos cambios incentivaron a que diversos grupos y organizaciones comenzaran a ver al poder judicial como un espacio atractivo para la instalación de sus demandas colectivas. El presente artículo tiene por finalidad identificar los cambios normativos que se produjeron, y que convirtieron al campo jurídico en un espacio propicio para el diseño e implementación de campañas de litigio estratégico, tomando como ejemplo la experiencia del movimiento argentino de la diversidad sexual que se dio en torno a la judicialización del matrimonio de parejas del mismo sexo.

**Palabras clave:** acciones colectivas - litigio estratégico - derechos de incidencia colectiva - diversidad sexual.

## 1. Introducción

El 14 de febrero, onomástico de San Valentín, se transformó en los últimos años en la principal fecha para celebrar el “día de los enamorados” en Argentina. Esta celebración, tradicionalmente anglosajona, se ha extendido a distintas partes de América Latina, impulsada particularmente por la existencia de un mercado que depende de la existencia de una cosmovisión mercantilizada del amor romántico<sup>1</sup>. Durante esta jornada, además de flores y bombones, es común que los periódicos locales relaten historias de amor, romance y matrimonios. Y fue por este motivo que el 14 de febrero del año 2007, la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) decidió lanzar formalmente su campaña denominada “*Matrimonio igualitario: el mismo amor, los mismos derechos*”. Ese día, ante la presencia de la prensa nacional, una pareja de lesbianas se presentó ante el Registro Civil de la Calle Uruguay 753 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y solicitó un turno para contraer matrimonio: “Me encantaría casarlas, pero no puedo. La ley no me lo permite. Pero les deseo mucha suerte”, fue la respuesta de la Oficial Público que les negó el turno<sup>2</sup>. La solicitud del turno se hizo para evidenciar que el acceso al matrimonio no era para todas las parejas, y que sólo “el amor heterosexual” se presentaba como el único protegido por el Estado a través de la institución matrimonial. Pero al margen de la importante cobertura en los medios de comunicación que esta Federación obtuvo debido

\* Recibido 02/05/2016 ~ Aprobado 19/07/2016.

\*\* Abogado. Doctorando del programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Email: maxicampana@gmail.com.

<sup>1</sup> ILLOUZ, EVA. *El consumo de la utopía romántica: el amor y las contradicciones culturales del capitalismo*, Katz Editores, Buenos Aires, 2009.

<sup>2</sup> BIMBI, BRUNO, *Matrimonio Igualitario: intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*, Planeta Buenos Aires, 2010.

al “día de los enamorados”, el 14 de febrero del 2007 fue el puntapié inicial de una campaña de judicialización que en pocos años pondría en jaque lo que para entonces parecía evidente: que el matrimonio sólo podría ser celebrado entre un hombre y una mujer.

En el presente artículo intentaremos identificar algunos cambios normativos y jurisprudenciales que se dieron en el campo jurídico argentino, desde la reinstauración de la democracia, y que de algún modo posibilitaron el éxito en campañas de litigio lanzadas por diversos grupos y organizaciones sociales.

Para definir campo jurídico seguimos las ideas expuestas por Pierre Bourdieu, quien lo caracteriza como una parte del espacio social en la que las personas pelean por el monopolio para definir qué es el derecho. Desde esta perspectiva, el campo jurídico se caracterizaría por ser un espacio que está delimitado por las ideas de “competencia jurídica”, las que marcarían una frontera entre quienes saben y quienes no saben derecho; por ser además un espacio de disputas permanente a la hora de definir qué es y qué no es derecho y por ser estar reglado (es decir que se sabría de antemano qué le está permitido o qué no le está permitido hacer a los agentes e instituciones), teniendo momentos de crisis en los que las reglas son cuestionadas y deben reformularse<sup>3</sup>.

Por otra parte, definimos “campañas de litigio estratégico” como el conjunto coordinado y sostenido de acciones jurídico-políticas llevadas a cabo por grupos y organizaciones nucleados en torno a ciertas causas y que tienen por finalidad la generar cambios que beneficien al colectivo que representan<sup>4</sup>. Estas acciones se caracterizan por ser desarrolladas en el seno poder judicial, con la lógica, las reglas y los actores del campo jurídico (es decir, a través de acciones judiciales). Los fines perseguidos de estas campañas pueden variar enormemente, y van desde dar visibilidad a ciertas demandas específicas hasta modificar determinadas pautas culturales de la sociedad. La idea se vincula con que el derecho es un sistema social que recepta principios generales y normas específicas de ciertas sociedades, y que es posible que determinadas normas específicas contraríen esos principios más generales afectando negativamente a determinados grupos y favoreciendo desproporcionadamente a otros. Con esta idea en mente, y por medio de estas campañas, se ponen en consideración del poder judicial estas inconsistencias jurídicas a fin de que se proceda a restablecer la primacía de estos principios más generales (como son las cláusulas constitucionales vinculadas a la igualdad ante la ley, el derecho a la privacidad, a la no discriminación o al debido proceso) e igualar así la posición de ciertos grupos con relación a otros. De este modo, estas campañas se instalan en el seno del campo jurídico/judicial, desdibujando las fronteras entre espacios jurídicos y políticos, politizando la justicia y judicializando la política. Y si bien el poder judicial nunca fue completamente ajeno a en discusiones vinculadas a disputas políticas consideradas extrajurídicas, lo cierto es que en nuestro país —y en toda la región— comenzó a intensificarse la instalación de demandas sociopolíticas en los tribunales, espacios que comenzaron a ser vistos o bien como el último recurso disponible

<sup>3</sup> BOURDIEU, PIERRE - TEUBNER, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Siglo de Hombre Editores, Bogotá, 2000.

<sup>4</sup> CAMPANA, MAXIMILIANO - JODOR, NEREA LUCRECIA, “Un recorrido por la campaña de litigio estratégico por el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Estados Unidos”. Publicado en Actas XVI Congreso Nacional y VI Latinoamericano de Sociología Jurídica, 2015. Versión digital.

para visibilizar reclamos de grupos que se autoperceben como “desventajados”, o bien como espacios alternativos o adicionales para la obtención de respuestas estatales, reconocimiento de derechos o implementación de políticas públicas<sup>5</sup>.

Ahora bien, desde la perspectiva de Charles Epp<sup>6</sup>, es necesario que dentro de un determinado sistema jurídico exista una “estructura de sostén” que posibilite el diseño e implementación de campañas de litigio estratégico. Por lo tanto, sin una estructura de sostén adecuada, la mera ejecución de este tipo de campañas no sólo sería dificultosa, sino posiblemente inútil. Esta cuestión cobra verdadera importancia si tenemos en cuenta que fuera de los países que adoptan el sistema jurídico inglés o del *common law*, a nivel de derecho constitucional comparado, hay pocos países donde existan “estructuras de sostén” adecuadas y conforme David Landau<sup>7</sup> Argentina “es uno de los pocos países que ha intentado implementar verdaderos remedios estructurales” a través de estas campañas, y quizás por este motivo diversas campañas de litigio que se llevaron a cabo en otros países latinoamericanos tuvieron un éxito más limitado (o nulo)<sup>8</sup>.

Y tal como lo describe la politóloga Catalina Smulovitz, varias son las mutaciones que pueden vislumbrarse a partir de la última reinstauración democrática en Argentina y que han generado esta “estructura de sostén”, como han sido el surgimiento de abogados de interés público<sup>9</sup>, la proliferación de organizaciones nucleadas en torno a causas colectivas dispuestas a judicializar sus demandas, la existencia de asistencia financiera a estas organizaciones para emprender tales campañas, algunos cambios en relación a la educación en las facultades de derecho, nuevos perfiles de magistrados (en particular en la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2003 y en el fuero contencioso administrativo de la ciudad de Buenos Aires) y una normativa novedosa que haría posible que este tipo de acciones colectiva puedan ser llevadas a cabo<sup>10</sup>. Por cuestiones de extensión, de todas estas mutaciones, nos centraremos sólo en este último aspecto, es decir, en aquellos cambios normativos que se produjeron en nuestro país y que permitirían a estas organizaciones canalizar jurídicamente sus demandas político-sociales ante los tribunales argentinos.

## 2. Mutaciones normativas a partir de la última reinstauración democrática

Antes de la reforma constitucional de 1994 existían pocos instrumentos legales que permitiesen defender causas colectivas. De hecho, según la investi-

<sup>5</sup> No está de más aclarar que lo que denominamos “campañas de litigio estratégico” se pueden dar dentro de campañas de acción política más amplias, incluyendo movilizaciones, lobby legislativo, utilización de medios masivos de comunicación, dictado de talleres o clases públicas, etc. Así, por ejemplo, la campaña por el “matrimonio igualitario” fue una campaña más amplia, que tuvo diversos frentes. Uno de ellos fue el que se dio a través de la presentación de acciones judiciales, y que constituirían lo que denominamos “campañas de litigio estratégico”.

<sup>6</sup> EPP, CHARLES, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013.

<sup>7</sup> LANDAU, DAVID, “The reality of social right enforcement”, *53 Harvard International Law Journal*, 2012: 253.

<sup>8</sup> DíEZ, JORDI, *The Politics of Gay Marriage in Latin America: Argentina, Chile and Mexico*, Cambridge University Press, Nueva York, 2015.

<sup>9</sup> SMULOVITZ, CATALINA, “Judicialization in Argentina: Legal Culture or Opportunities and support structures?”, en COUSO, J. - HUNEUS, A. - SIEDER, R., *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 234-253.

<sup>10</sup> SMULOVITZ, CATALINA, ob. cit.

gación realizada por Stephen Meili<sup>11</sup> la mera existencia de abogados nucleados en torno a organizaciones, y dispuestos a judicializar causas colectivas o de reconocimiento de derechos de grupos vulnerables no era suficiente para penetrar los tribunales argentinos. Las diversas entrevistas realizadas por Meili entre 1992 y 1994 a abogados pertenecientes a organizaciones que litigaban activamente en este tipo de organizaciones, reconocían sus dificultades (o incluso imposibilidad) de ingresar sus demandas en el campo judicial argentino. Si bien los motivos de estas dificultades eran variados (tales como la falta de independencia y consiguiente desconfianza del poder judicial, la cultura jurídica excesivamente formalista que daba poco margen a pensar creativamente en otras soluciones más allá de las establecidas por la ley y un método de enseñanza del derecho conservador y acrítico) la inexistencia de remedios o vías judiciales idóneas para canalizar esas demandas se erigía por entonces como el mayor obstáculo a vencer. Y es que hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994 existían pocas maneras de accionar en nombre de grupos vulnerables o en defensa de intereses colectivos.

### 2.1. Los primeros avances en materia de reconocimiento de acciones y derechos colectivos

Antes de la reinstauración de la democracia en 1983, el ordenamiento jurídico nacional sólo reconocía como “procesos colectivos” a las sucesiones y a los juicios concursales. Pero en los años ‘80 (y hasta 1994) comenzó una “etapa de florecimiento —primero jurisprudencial y doctrinario y luego también legislativo— de la búsqueda de herramientas colectivas de acceso a la justicia”<sup>12</sup>.

En relación a la jurisprudencia, se dictaron las primeras sentencias sobre “intereses difusos”. En este sentido, la primera para mencionar fue la del caso “Kattan”<sup>13</sup>, reconociéndose por primera vez en nuestro país la existencia de “intereses difusos” en materia ambiental (más específicamente, en la sentencia se menciona que “si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados”). Si bien al alcance jurisprudencial fue bastante limitado, “la discusión académica generada alrededor del caso [...] contribuyó a aumentar la relevancia jurídica de esta sentencia de primera instancia que se transformó en una especie de hito histórico del derecho público”<sup>14</sup>.

La otra sentencia relevante que mantendría viva estas discusiones y pondría en evidencia la necesidad de generar herramientas jurídicas y procesales para reconocer derechos de incidencia colectiva sería el caso “Ekmekdjian”<sup>15</sup> de 1992, resuelto por la CSJN. En este caso, la Corte consideró que Miguel Ekmekdjian podía representar a todos los católicos y cristianos que pudieron haberse

<sup>11</sup> MEILI, STEPHEN, “Cause Lawyers and social movements: a comparative perspective on democratic change in Argentina and Brazil”, en SARAT, AUSTIN - SCHEINGOLD, STUART, *Cause lawyering: Political commitments and Professional responsibilities*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 487-522.

<sup>12</sup> MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 46.

<sup>13</sup> “A. E. Kattan c. P. E. N. s/amparo”, LA LEY, 1983-D, 575. En el caso, dos ambientalistas interpusieron un amparo para que se anule una autorización administrativa dictada por la Subsecretaría de Pesca de la Nación a dos empresas extranjeras para la captura de toninas overas.

<sup>14</sup> MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, ob. cit., p. 45.

<sup>15</sup> CSJN, “Ekmekdjian, M. A. c. Sofovich, G.”, Fallos: 351:1492.

sentido ofendidos con declaraciones del escritor Dalmiro Sáenz en un programa de Televisión sobre las figuras de Jesucristo y la Virgen María. Además, el fallo reconocía al Pacto de San José de Costa Rica como ley suprema de la Nación, y directamente operativo.

Por otra parte, legislativamente se pueden mencionar dos normas que establecieron mecanismos legales para proteger ciertos grupos desventajados, como era el caso de los trabajadores y de los consumidores. Con relación a los primeros, con la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales (de 1988) se instituyó el amparo sindical: esta acción judicial brindaba la posibilidad de que una asociación sindical interponga una acción rápida para defender los intereses colectivos de los trabajadores cuando estos intereses se encuentren amenazados o lesionados (art. 47). Con relación a los consumidores, en el año 1993 el Congreso aprobaba la ley 24.240 de Defensa de los Derechos del Consumidor. Esta norma se convirtió en una importante herramienta para la defensa colectiva de los derechos en las relaciones de consumo, instituyendo acciones que protegían tanto los intereses y derechos individuales como los colectivos o generales de un grupo de usuarios o consumidores y pudiendo presentarse judicialmente tanto las personas afectadas como las asociaciones de consumidores. “La sanción de la legislación significó un gran impulso al movimiento de protección de los consumidores y usuarios y al acceso a los tribunales como un medio de tutela de estos derechos de incidencia colectiva”<sup>16</sup>.

## 2.2. Reforma Constitucional y derechos colectivos

El 10 de enero de 1995 el Congreso de la Nación Argentina sancionaba la ley 24.430 ordenando la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional Argentina. Este nuevo marco normativo sería el resultado de diversos acuerdos políticos resultantes del “Pacto de Olivos”, un acuerdo que se dio entre el oficialismo y oposición que permitiría la reelección del por entonces presidente Carlos S. Menem<sup>17</sup>.

El Pacto de Olivos se institucionalizó con la ley 24.309 y constaba básicamente de tres partes. La primera, denominada “Núcleo de Coincidencias básicas”, era un conjunto de normas que la Convención Constituyente debía aprobar o rechazar como bloque completo y cerrado. La segunda, por el contrario, habilitaba la discusión abierta de ciertos temas por los convencionales (como era el caso de los derechos colectivos). Por último, la tercera parte disponía que la Convención no podría (bajo pena de nulidad) abordar temas no convocados ni introducir modificaciones a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución que se encontraba por entonces vigente<sup>18</sup>.

Pero la reforma constitucional no puede leerse solamente en clave de permitir una reelección presidencial, sino como inmersa en un contexto inter-

<sup>16</sup> MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, ob. cit., p. 53.

<sup>17</sup> ZAYAT, DAMIÁN, *Between Merit and Politics. The selection of Federal Judges in Argentina*, Tesis doctoral, Standford, 2009.

<sup>18</sup> Conforme MAURINO *et al.*, “Se debe destacar que la ley 24.309 fue considerada inconstitucional por parte de la comunidad política y jurídica. De hecho, la Corte Suprema analizó dos casos planteados por figuras políticas nacionales, quienes cuestionaron el proceso de reforma y en ambas causas rechazó las demandas que pretendían detener la realización de la Convención Constituyente” (ob. cit., p. 58).

nacional, sobre todo si tomamos en cuenta que para la misma época la mayoría de los países latinoamericanos también estaban modificando sus constituciones: Bolivia (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Costa Rica (1989), República Dominicana (1994), Ecuador (1992), El Salvador (1983), México (1995), Panamá (1987) y Paraguay (1992). Todas estas reformas se dieron como consecuencia de presiones por parte de organismos internacionales que pretendían volver las estructuras institucionales más receptivas y funcionales a la economía de mercado y llevar a cabo reformas judiciales con el dar un perfil más independiente y transparente de la justicia, desligada del poder político de turno<sup>19</sup>.

En este sentido, organismos como el Banco Mundial, el Banco Interamericano para el Desarrollo y la USAID (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo, en sus siglas en inglés) compartían la idea de llevar a cabo reformas institucionales (y particularmente en el poder judicial) en estos países, con el fin de promover las economías de mercado y la continuidad democrática<sup>20</sup>. Por otra parte, organizaciones de Derechos Humanos y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) comenzaron a presionar para que también se den cambios institucionales en el seno del poder judicial, pero en lo vinculado al acceso a la justicia, a la práctica del derecho de interés público, a la promoción de derechos sociales y al respeto de las garantías constitucionales<sup>21</sup>. Estas presiones redundaron en la creación constitucional de nuevas instituciones políticas (tales como el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pueblo, la Auditoría de la Nación) y el reconocimiento de nuevos derechos e instituciones procesales para protegerlos (tales como el reconocimiento constitucional del hábeas corpus, hábeas data y el amparo individual y colectivo).

La Asamblea Constituyente se compuso de 303 diputados y diputadas, funcionó en la ciudad de Santa Fe, entre el 25 de mayo y el 22 de agosto de 1994 y se convirtió en un verdadero espacio de discusión institucional, en donde no sólo participaron los constituyentes electos, sino también fue un importante espacio de disputas políticas y sociales. En este sentido, de todas las cuestiones que se debatieron, las vinculadas con los derechos colectivos ocuparon un lugar relevante debatiéndose sobre la necesidad de reconocer y añadir al texto constitucional derechos difusos y de incidencia colectiva. La incorporación de diez tratados internacionales de derechos humanos significó un importante avance en esta materia. Pero además, también se incluyeron varios artículos que reconocían expresamente la existencia de derechos colectivos o difusos, como eran aquellos relativos al ambiente (art. 41) y a usuarios y consumidores (art. 42). Junto a este reconocimiento, la Constitución Nacional establecía con rango constitucional la acción de amparo, una acción rápida con el fin de garantizar la vigencia de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los Tratados Internacionales o normas de carácter inferior. Esta acción podía ser individual o colectiva, permitiendo esta última la protección de los "derechos de incidencia colectiva en general" (art. 43).

<sup>19</sup> ZAYAT, DAMIÁN, *ob. cit.*

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, para el Banco Mundial, los débiles poderes judiciales latinoamericanos se habían vuelto un obstáculo en el comercio, la financiación y la inversión, a causa de su ineficiencia, sus demoras, el limitado acceso a la justicia, la falta de transparencia y previsibilidad y la poca confianza pública hacia este poder. En este sentido, varias de las reformas propuestas se dirían a la despolitización del nombramiento de jueces.

<sup>21</sup> ZAYAT, DAMIÁN, *ob. cit.*

La incorporación del amparo al texto constitucional (que sería una pieza fundamental en el posterior diseño de acciones judiciales por parte de los diversos grupos) fue uno de los temas más resistidos y con mayor discusión que hubo en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, y luego en el Plenario de la Convención Constituyente. Así, por ejemplo, durante el plenario, la convencional Dina Rovagnati (Modin) se mostraba preocupada porque se habilitaría a las asociaciones a accionar en defensa de derechos colectivos, lo que supondría una utilización política de la Justicia, algo que consideraba “es ofensiva a nuestro sistema republicano”<sup>22</sup>. Sin embargo, esta fue la posición minoritaria, y la Convención acabó reconociendo al amparo como un instrumento “necesario para poder hacer valer [...] la vigencia de los derechos que la Constitución reconoce”, según la opinión mayoritaria, expresada por el convencional Díaz (PJ)<sup>23</sup>. El reconocimiento de derechos difusos, y la incorporación del amparo colectivo como remedio judicial para protegerlos dotó a abogados y organizaciones de una herramienta fundamental para la judicialización estratégica que vendría posteriormente. Es decir que gracias a esta nueva Constitución en Argentina sería posible pensar y diseñar jurídicamente estrategias a fin de colocar en la agenda pública temas vinculados al reconocimiento de derechos de incidencia colectiva.

### 2.3. Las acciones colectivas luego del '94

A más de 20 años de la vigencia de la nueva Constitución Nacional, todavía no existe una ley a nivel nacional que regule las acciones colectivas, y en el ámbito legislativo poco se ha avanzado. Sin embargo, esto no constituyó un obstáculo para su utilización en los tribunales nacionales. Para el año 2004 (es decir, diez años después de la reforma constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) había resuelto unos 176 casos que se vinculaban a cuestiones colectivas.

Según surge de los datos presentados por Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal de estos 176 casos resueltos por la CSJN, entre el 1ero de enero de 1987 y el 30 de octubre de 2004, el 68% fue judicializado a través de acciones de amparo<sup>24</sup>, y entre los temas litigados la distribución fue la siguiente: 32% de los casos se vinculaban a derechos de usuarios y consumidores; el 19% a cuestiones ambientales; 19% a derechos civiles y políticos; 11% a temas vinculados al dere-

<sup>22</sup> Para esta convencional “la consagración de derechos difusos constituye una alteración del sistema democrático por cuanto incorpora componentes ajenos como son los intereses monotemáticos, que están afuera de los ámbitos públicos y privados. En el presente párrafo cuestionado por mi bloque se está reconociendo constitucionalmente y con facultades jurídicas a todo este tipo de movimientos alternativos que, como ya dijimos antes, reivindicán para sí un tipo de contenidos que no son ni privados, en el sentido de que no pueden verse legítimamente afectados, ni públicos, en la medida en que no son objeto de los actores políticos tradicionales. Pero sí son políticos, porque pretenden que se reconozcan como legítimos sus medios de acción y que sus objetivos sean al menos tolerados por la sociedad global, y su éxito tendrá efectos sobre toda la sociedad y no sólo sobre el grupo al que hacen referencia”. En igual sentido se expresaron otros constituyentes, como es el caso de la convencional María de las Mercedes Elordi (Modin), quien decía que se violaba la autonomía constitucional y no debían reconocerse los derechos de incidencia colectiva: “la interpretación de esta misma categoría de derechos dará lugar –sin dudas– a un ejercicio abusivo de imprevisibles consecuencias. Con el pretexto de defenderlos, por qué no decirlo, se abrirán las puertas a una inútil proliferación de juicios” (cit. en MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, 2005, pp. 80-81).

<sup>23</sup> MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, ob. cit., p. 78.

<sup>24</sup> El resto de los porcentajes serían los siguientes: 7% acciones declarativas; 4% cautelares autónomas; 6% acciones sumarísimas y el 15% restante por otras vías.

cho del trabajo y de la seguridad social; el 10% de los casos, por su parte, versaban sobre derechos económicos, sociales y culturales; un 6% eran sobre casos de discriminación quedando un 3% remanente que incluía otros casos.

Según observan estos autores<sup>25</sup>, “las acciones colectivas han tenido un desarrollo progresivo y sostenido a partir de la reforma constitucional y existiría una correlación entre la recepción constitucional de ciertos derechos de incidencia colectiva en particular y la expansión de su defensa judicial”. Otros datos interesantes que surgen son que en general estas acciones se han utilizado como medio de control judicial a los actos de gobierno (el Estado había sido demandado en un 85% de los casos) y que las Organizaciones no gubernamentales (en adelante ONGs) se fueron convirtiendo gradualmente en los principales impulsores de estos casos.

Si bien, como se acaba de mencionar, pocos fueron los avances en materia de derechos colectivos, pueden al menos fijarse dos hitos legislativos y uno jurisprudencial en lo referido al reconocimiento de acciones colectivas.

El primer hito legislativo se vincula a la sanción de la ley 25.675 del año 2002, denominada “Ley General del Ambiente”, convirtiéndose en la primera norma que contiene disposiciones expresas de acciones colectivas vinculadas con la protección de derechos de incidencia colectiva. Se trata de una ley de presupuestos mínimos “para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable” (art. 1º), y que, en su artículo 30 reconoce la legitimación “para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal”.

El segundo hito que podemos mencionar vino de la mano de la ley 26.361 del año 2008, que modifica la ley de defensa del consumidor, profundizando el reconocimiento de las acciones colectivas en materia de consumo con los nuevos arts. 52, 54 y 55, consolidando reglas de procedimiento especiales para estas acciones<sup>26</sup>.

El tercer y más importante hito vendría en el año 2009, cuando la CSJN resuelve el caso “Halabi”, regulando el art. 43 de la Constitución Nacional y creando la acción de clase en el marco de una causa en la que se analizó la inconstitu-

<sup>25</sup> MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTIN, ob. cit., p. 78.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, el art. 54 establece: Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

cionalidad de las normas que autorizaban la intervención estatal de comunicaciones telefónicas y por Internet<sup>27</sup>.

Esta sentencia judicial del máximo tribunal del país, además de proteger la privacidad en el uso de Internet y telefonía frente a posibles intromisiones estatales, regula la acción colectiva contenida en la Constitución Nacional, pero que nunca fue legislada. En este sentido, la CSJN consideró que hubo un retardo injustificado por parte del legislador al no dictar una ley para facilitar el acceso a la justicia, y siendo estos derechos constitucionales de carácter operativos, es obligación de los jueces darles eficacia. Esto se justifica porque habría casos en que por una sola causa se afectan los derechos de numerosas personas y en los que resulta muy difícil para cada uno de los afectados promover una acción judicial, lo que resultaría en una violación al acceso a la justicia (ya que no se justificaría que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados deba promover una nueva demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma). Partiendo de estas ideas, dicta ciertos presupuestos mínimos que deben seguir los jueces, y que son: 1) resguardar el derecho de la defensa en juicio (a fin de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar); 2) verificar la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre; 3) arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todos aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio y 4) implementar medidas para dar publicidad con el fin de evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos.

Con el caso "Halabi", la CSJN dio una guía de cómo se debía interpretar y aplicar lo referido a las acciones colectivas reconocidas constitucionalmente, intentando poner fin a muchas discusiones doctrinarias y judiciales en torno a las mismas. Sin embargo, varios autores han considerado que la solución brindada por la CSJN ha sido particularmente ineficaz. Y esto se debe a que esta decisión se limitó a delinear sólo cuestiones procedimentales básicas, no brindando respuestas a una serie de aspectos que resultan esenciales para este tipo de acciones (y sobre todo, para una correcta implementación de un modelo de litigio y reforma estructural), causando importantes problemas prácticos<sup>28</sup>.

### **3. Conclusión: el impacto de estos cambios legales para la planificación de campañas**

Este nuevo elenco de derechos y acciones colectivas impactó profundamente en los modos en que el campo jurídico argentino era pensado, y esto es debido a que ya no sólo constituía un espacio para resolver conflictos de intere-

<sup>27</sup> "Halabi, Ernesto c. PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo". En esta causa judicial, el actor, Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario, n° 1563/04, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos" puede llevarse a cabo. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de normas mencionadas porque consideró que violaban el derecho a la privacidad en su condición de consumidor y además, el derecho a la confidencialidad en su condición de abogado.

<sup>28</sup> OYHANARTE, MARTÍN, "Public Law Litigation in the U.S. and in Argentina: Lessons from a comparative study", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2015, 02-61.

ses entre individuos, sino también como un lugar propicio para instalar, debatir y resolver cuestiones de gran impacto político y social.

La nueva normativa, entonces, incentivó la presentación de diversas acciones judiciales en el marco de campañas de judicialización estratégica más amplias. Dichas acciones versaban sobre diversas cuestiones colectivas llevadas a cabo por los más variados grupos, tales como las vinculadas a delitos de lesa humanidad durante la última dictadura militar, a salud colectiva, discriminación, derecho de pueblos originarios, acciones contra compañías que afectaban el derecho de usuarios y consumidores<sup>29</sup> e incluso para la obstaculización del avance de derechos reproductivos y sexuales<sup>30</sup>. Estas campañas se inspiraban en experiencias relativamente exitosas que se habían dado en diversas partes del mundo, particularmente en los Estados Unidos y otros países con una cultura jurídica anglosajona del *common law*<sup>31</sup>.

Para el 14 de febrero del 2007, cuando la campaña de litigio estratégico para la ampliación del matrimonio civil a parejas homosexuales era lanzado, estas mutaciones legales ya estaban consolidadas tanto académica como judicialmente. Además, el propio poder judicial comenzaba a ser presentado como un actor político clave para la protección de derechos de incidencia colectiva. De hecho, la misma CSJN no sólo había regulado pretorianamente el amparo colectivo con el caso *Halabi*, sino que incentivaba a los demás miembros del poder judicial a tener una actitud más receptiva y proactiva a este tipo de acciones y de este modo convertirse en actores políticos claves en el país, tal como puede leerse del discurso del presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti en la apertura del año judicial, quien afirmaba que

“En el futuro no muy lejano esperamos ver un Poder Judicial que ejerza y cumpla su rol de colaborar en las grandes transformaciones que necesita nuestro país. Y esto lo digo porque históricamente los poderes judiciales han sido concebidos para conservar el orden existente. Pero en los últimos años se ha trabajado mucho en la doctrina jurídica, en la filosofía del derecho y todas las áreas que nosotros habitualmente frecuentamos, en el sentido de que el Poder Judicial también es un actor institucional que participa para transformar la sociedad, y no sólo para conservarla. Y en esta transformación de la sociedad tenemos un rol importantísimo que cumplir (...). En este sentido es que el Poder Judicial tiene que actuar como un agente de transformación institucional, junto con los demás poderes, mediante decisiones judiciales y también institucionales (...). Este es entonces el rol que nosotros pensamos para el Poder Judicial. Un rol activo, participativo en la agenda pública de las grandes cuestiones ciudadanas, que se oriente en la transformación, que permita participar en las grandes decisiones del Estado, porque así es como funciona un Estado de Derecho”<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> CELS, *Litigio estratégico y Derechos Humanos: la lucha por el derecho*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008.

<sup>30</sup> CAMPANA, MAXIMILIANO, “Hacia una nueva conceptualización del litigio estratégico. La judicialización de los derechos sexuales y reproductivos por parte de los sectores pro vida”, en ESQUIVEL, J. C. - VAGGIONE, J. M., *Permeabilidades Activas: Religión, política y sociedad en la Argentina democrática*, Biblos, Buenos Aires, 2015.

<sup>31</sup> EPP, CHARLES, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013.

<sup>32</sup> Ver Discurso de Ricardo Lorenzetti en “Apertura del año judicial 2011 Primera Parte”. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=1D6P9ApajUc> (acceso 05/05/2015).

Nuevos derechos y acciones procesales tendientes canalizar demandas colectivas y un rol más politizado y receptivo ante este tipo de demandas por parte de ciertos sectores del poder judicial fueron centrales para que diversos grupos y organizaciones decidieran judicializar sus demandas políticas. Y volviendo al caso del matrimonio para parejas del mismo sexo, sólo hubo que esperar a que el 10 de noviembre del año 2009, una jueza en lo contencioso-administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolviera declarar la inconstitucionalidad de los arts. 172 y 188 del Código Civil por limitar el matrimonio civil a parejas heterosexuales. Esta sentencia planteó que “la medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio [...] (lo que) resulta discriminatoria”<sup>33</sup>. Y si bien la campaña de litigio estratégico por el “matrimonio igualitario” no finalizaría con esa sentencia, la utilización de los tribunales como actores claves en la instalación de demandas colectivas y de gran impacto social había demostrado ser exitosa, debido a las importantes mutaciones que el campo jurídico argentino fue sufriendo en las últimas tres décadas.



<sup>33</sup> Expediente judicial caratulado “Freyre, Alejandro y otro contra GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCA-BA)”, Expte. 34292/0.

