

Protección procesal de los bienes colectivos
Collective property procedural protection

Luis René Herrero*

-El Estado Social de Derecho reclama un nuevo sistema procesal y un magistrado aggiornado y comprometido con los nuevos tiempos y los derechos de la tercera y la cuarta generación-¹

RESUMEN

Los noveles titulares de derechos colectivos carecen de un proceso específico y proporcional a la naturaleza de la pretensión colectiva que la Constitución Nacional les reconoció en la reforma constitucional de 1994; grave mora legislativa que compromete la responsabilidad internacional de la República Argentina. La discutible mixtura que se operó en materia de tutela colectiva entre la normativa clásica (plasmada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, diseñado por el legislador diligente para la resolución de conflictos privados entre partes simples o múltiples, pero no colectivas) y el derecho procesal moderno (representado, en nuestro país, por las nuevas directivas de los artículos 41, 42 y 43 de la Carta Magna, ley de Defensa del Consumidor 24.240, ley General del Ambiente N° 25.675 y las Acordadas de la CSJN N° 32/2014 y N° 12/2016) resulta a todas luces negativa para la oportuna y efectiva protección o tutela de los bienes y derechos colectivos que consagra la Constitución Nacional.

ABSTRACT

Novice collective rights holders lack of a specific and proportionate process considering the nature of their claim, recognized in the Constitution of the Argentine Nation, more precisely in the constitutional reform that took place in 1994; a serious legislative delay that engages the international responsibility of the Argentina Republic. The debatable mixture that operated in all collective guardianship matters between the classic rules (embodied in the Civil and Commercial Procedure Code, designed by the legislator only making focus on private simple or multiple parties conflict resolution, but not collective) and the modern ones (represented, in our country, by the new directives of articles 41, 42 and 43 of Magna Carta, the Consumer Protection Law No. 24.240, the General Environment Law No. 25.675 and the Supreme Court Agreement No. 32/2014 and No. 12/2016), is clearly negative for the early and effective

* Profesor Adjunto Regular de Derecho Procesal de la U.B.A. Bibliotheque de la Victoire. Université de Bordeaux de la Victoire. Place de la Victoire.

Trabajo recibdo el 4/10/216. Aprobado 18/10/2016

¹ Alfredo Ves Lozada clamaba desde antiguo por un urgente cambio de mentalidad en los operadores del derecho. Más que un cambio legislativo, centraba el problema del mal funcionamiento de la justicia en la formación profesional normativista de los abogados [y de los jueces, agregamos nosotros] que les impide ver la realidad, o, cuanto menos, aceptarla tal cual es: “Una forma de ceguera –concluía– en la que los sentidos resultan afectados por el intelecto.” [*El proceso judicial: tradición jurídica y realidad*, pp. 82 y ss. También Santiago Sentís Melendo pregonaba este cambio de sistema y de mentalidad que, hace más de cuarenta años, sugería liberarse de los viejos prejuicios que han abrumado a la justicia por espacio de siglos, de igual manera que los soldados se liberaron de artefactos inútiles, de viejas armaduras y se adaptaron a los nuevos tiempos en materia de defensa. *El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones*, Revista Argentina de Derecho Procesal, Ed. La Ley n°1, 1970, p. 55 nota n°8.]

protection or guardianship of the collective rights and property that have been guaranteed in the National Constitution.

PALABRAS CLAVE
Derechos colectivos; Protección procesal
KEYWORDS
Collective rights; Procedural protection

Introducción

Ardua es la tarea de desarrollar en este capítulo la porosa y compleja temática sobre la protección procesal de los bienes, derechos e intereses colectivos en nuestro país. Confluyen sobre ella no solo el reclamo de una justicia pronta y efectiva por parte de un sector social de configuración y contornos evanescentes, cuyos derechos de tercera generación se ven lacerados por uno o un conjunto de hechos, actos, conductas individuales o grupales, estatales, corporativas, voluntarias, involuntarias, determinadas, indeterminadas², etc. (todas ellas deletéreas al bienestar general, a la solidaridad social y a la convivencia en paz y armonía³); también concurren sobre esta temática poderosos intereses económicos, políticos, institucionales y corporativos que desafían la eficacia y operatividad de aquella tutela sobre bienes y derechos colectivos que⁴, con denodado esfuerzo 惓 aunque no siempre con resultados tangibles 惓 procuran concretar legisladores, administradores y jueces.⁵

² Piénsese en cualquier catástrofe natural –Vgr. terremotos, inundaciones, tsunamis, desforestaciones masivas, contaminación ambiental, daños al ecosistema de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre tantos otros [v. CCCN, art. 240] –muchos de los cuales no derivan de conductas humanas determinadas o determinables y que, sin embargo, ocasionan daños graves, concretos y tangibles a los derechos de un número determinado o determinable de personas que alguien debe resarcir o remediar–.

³ Artículo 41 de la C.N.: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.”

Artículo 42 de la C.N.: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno [...]”

⁴ Leandro Gianinni distingue dos fundamentos adicionales de los procesos –*rectius*: pretensiones–colectivos y de las acciones de clase: 1) la utilidad de esta variante procesal como instrumento de accesos a la justicia; 2) el llamado efecto *deterrence* (disuasorio), que al facilitar la concentración de reclamos individualmente insignificantes en una pretensión económica o jurídicamente significativa, se transforma en una “amenaza” para quienes toman decisiones que en general impactan de ese modo en la comunidad (es decir, que “dañan poco a muchas personas”). *Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase*, Revista de Derecho Procesal, 2012 –Número extraordinario, “Procesos colectivos”, Ed. Rubinzal – Culzoni, pp. 17 y ss.

⁵ De allí que con tanto acierto destacara Eduardo J. Couture con respecto al rol de los jueces en estos casos límites: “El día en que los jueces tengan miedo, ningún ciudadano podrá dormir tranquilo” (*Introducción al Estudio del Procesal Civil*, Ed. Depalma, 1978, p. 76); y también el Antiguo Testamento (Libro El Eclesiástico –o Deuterocanónico, denominado Sirácida en honor a su autor, el judío Ben Sirá–, c. 7 v. 6), cuando señala con no menor énfasis: “No te atrevas a ser Juez si no te hallas con valor de hacer

Pagés Lloveras piensa que debería existir una protección diferenciada sobre los derechos colectivos, que suscite confianza en los ciudadanos y los proteja. “A través de dicha tutela –destaca– se trata de equilibrar la situación procesal de las partes cuando una es considerada “débil” –el consumidor– frente a la otra “fuerte” (el proveedor o prestador), con fundamento en el principio constitucional de la igualdad.”⁶

Se ha dicho, con acierto, que la masificación del mercado de consumo exige la protección de los derechos colectivos de consumidores y usuarios mediante instrumentos procesales eficaces para la reclamación, prevención, repetición o reparación de los daños colectivos.⁷ En la economía de masas que domina en el mundo moderno, la tutela individual resulta a todas luces inoperante, como también el repertorio de figuras e institutos procesales tradicionales, propias del proceso adversarial regulado por la ley procesal común para otro tipo de conflictos.

Vázquez Sotelo destaca que las acciones y procesos colectivos constituyen un fenómeno nuevo en el moderno Derecho Procesal Civil; algo impensable en España hace solo medio siglo.⁸

Hemos alertado antes sobre el alumbramiento de nuevos derechos y la perceptible y progresiva sustitución o superación de una arcaica manera de pensar la ciencia del derecho procesal, asaz infecunda para comprender y, menos aún, resolver los nuevos conflictos individuales, sociales y colectivos que plantea la moderna sociedad global, impregnada de una sofocante hipercomunicación y acosada por una urgencia insaciable en todas sus manifestaciones, que también esgrimen y reclaman para sí los protagonistas de estos conflictos inéditos.⁹

Tales derechos infungibles –apodados de tercera y cuarta generación– y la necesaria tutela jurisdiccional diferenciada que reclaman (CADH, art. 25) plantean al procesalista moderno, al decir de los juristas Monroy Gálvez y Monroy Palacios, “[...] un reto de supervivencia: o cambia sustancialmente el proceso a fin de adecuarse a las nuevas exigencias de la sociedad, o debe perecer –concluyen drásticamente–.”¹⁰

El proceso colectivo actual –como emanación de la garantía fundamental de la cual se nutre– se halla de hogaño en pleno tránsito entre el sistema procesal decimonónico y el que reclama el mundo moderno –que todavía brega por instalarse en forma definitiva–. Es un sistema arcaico que perdura en sus componentes esenciales, trabado en su lento recorrido por múltiples hiatos,

frente a las injusticias, no vaya a ser que por la cara del PODEROSOS te expongas a obrar contra equidad.”

⁶ PAGÉS LLOVERAS, Roberto. *Acciones colectivas de clase y derechos individuales homogéneos*, en LA LEY, 2015-C. 635.

⁷ BESSA, L.R. *Acção Colectiva*, en Manual de Direito do Consumidor, de Antonio H.V. Benjamín – Claudia Lima Marques– Leonardo Roscoe Bessa, ed. Revista Dos Tribunais, Sao Pablo, 2007, pp. 380 y ss.

⁸ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *El proceso de acciones colectivas –Necesidad de su implantación en España*, Revista de Derecho Procesal 2012 – Número extraordinario, Procesos Colectivos, Ed. Rubinzal – Culzoni, p. 532.

⁹ HERRERO, Luis René. *¿Tutelas o pretensiones procesales diferenciadas? –Una mirada descarnada y una propuesta diferente sobre una figura jurídica de contornos evanescentes*, JA, Fascículo N° 3, 2010 – III – 21/07/2010, p. 3.

¹⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan. *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales*, en Peyrano Jorge W. [dir.] y Carbone, Carlos A. [coord....], *Sentencia anticipada. Despachos interinos de fondo*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, p. 177.

gibas, baches, etc. que lo alejan del cometido protectorio que le asigna la normativa convencional y constitucional.

Los noveles titulares de derechos colectivos todavía carecen de un proceso específico y proporcional a la naturaleza de la pretensión colectiva¹¹ que la Constitución Nacional les reconoció en forma explícita en la última reforma de 1994¹², mora legislativa que compromete la responsabilidad internacional de la República Argentina¹³.

Abundan discusiones bizantinas sobre el concepto de legitimación que consagran los arts. 43 y 86 de la Ley Suprema,¹⁴ lo cual entorpece sobremedida el cometido procesal del legitimado extraordinario que ella instituye;¹⁵ también daña la viabilidad de la tutela colectiva la ausencia de una reglamentación clara y precisa sobre el alcance de la cosa juzgada, vacío que restringe el “acceso a la justicia” en perjuicio de los integrantes del colectivo involucrado. Lo mismo cabe decir, por lo demás, con respecto a los requisitos de admisibilidad que debe satisfacer la demanda colectiva, pues la Acordada N° 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación declara aplicable las normas del art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,¹⁶ la cual fue diseñada para otro tipo de procesos.

¹¹ El gran jurista hispano Jaime Guasp Delgado nos revela una pista invaluable para la exacta comprensión de esta ecuación entre pretensión y proceso: “Todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión”; “la pretensión puede ser definida como aquella actividad que origina, mantiene y concluye un proceso con su propio nacimiento, mantenimiento y conclusión” (v. *La pretensión procesal*, Cuadernos Civitas, Prólogo de Manuel Alonso Olea, pp. 46 y 88, respectivamente).

¹² GOZAINI, Osvaldo A. *Creación del Registro de Acciones Colectivas*, LL del 22/12/2014.

¹³ Lino E. Palacio recuerda que el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica obliga a los estados adheridos a instituir procedimientos judiciales “proporcionales” a la mayor o menor entidad de las controversias (“pretensiones”) para evitar una virtual denegación de justicia (*La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994*, La Ley 1995-D-1243).

¹⁴ Quintero de Prieto, Beatriz A. nos dice que “la legitimación encierra la convergencia entre la titularidad del derecho o de la pretensión material, con la pretensión procesal; tiene una naturaleza eminentemente formal; atisba a la eficacia del proceso, no a su mérito; es solo la aptitud de las partes para recibir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión procesal.” Para esta autora el fenómeno de la legitimación aparece cuando hay separación de títulos, tanto en el ámbito material, como formal (escisión, transmisión, etc.). Cuando los títulos coinciden (pretensión sustancial y procesal), no hay problemas de legitimación; esta aparece cuando estos se desmembran: “como ocurre –concluye con un ejemplo bien gráfico– cuando se mira al hecho de tener manos, de poder hablar o de ver, que solamente se hace notorio cuando falta la cualidad para el acto” (*La legitimación en la causa*, Revista de Estudios Procesales, Dir. Adolfo Alvarado Velloso, n°36, Centros de Estudios Procesales, Rosario, 1983).

¹⁵ Que paradójicamente la Acordada 12/2016 en el punto II, acápite 2. inciso a), exige acreditar al legitimado colectivo como presupuesto de admisibilidad de la pretensión en defensa de intereses [sic: “derechos”] individuales homogéneos.

¹⁶ v. Capítulo II. Y ello no representa una cuestión menor, pues como lo señaló el maestro Lino Palacio hace alrededor de cuarenta años: “El estudio de los requisitos de la ‘demanda’ debe efectuarse con remisión a los que corresponden a la ‘pretensión’; y situados en el lugar al que nos remite el maestro, continuamos con la lectura: “Concebida la ‘pretensión’ como ‘objeto del proceso’, ella adquiere un significado específico que la diferencia tanto de la acción como de la demanda [...] la acción [...] es el derecho en cuya virtud la segunda [pretensión] puede ser llevada a la consideración de un órgano judicial [...] la demanda [...] lejos de constituir el objeto del proceso, no es más que un medio de promoverlo, o, en otras palabras, un mero acto de iniciación procesal.” (*Derecho Procesal Civil*, Ed. Abeledo Perrot, t. I p. 384). Ergo, resulta a todas luces cuestionable desde el prisma constitucional (CADH, art. 25), verter la pretensión colectiva en la rígida matriz de la ley ritual común (como lo es el art. 330 del CPCCN), diseñada por el legislador decimonónico para darle una forma determinada a las pretensiones civiles y comerciales de carácter patrimoniales. Repárese que el citado art. 330 del actual CPCCN, constituye la reproducción casi textual del art. 71 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de 1880 (Fernández,

El predominio del discurso formalista e insustancial sobre una visión sustantivista del derecho, que todavía domina en la mayoría de sus operadores, es la cabal demostración de que el difícil tránsito de un sistema hacia el otro todavía no se ha operado.

El rol del juez es clave para que este recorrido se complete. El gélido magistrado liberal –al decir de Monroy Gálvez y Monroy Palacios– padece del mal de Pilatos, al no asumir ninguna responsabilidad por las consecuencias sociales que puede producir su decisión, confunde independencia con indiferencia y se limita a protocolizar el mandato legal con total asepsia. Hoy se reclama un juez –según Augusto Mario Morello– suelto y flexible, que no se sustraiga a la independencia e imparcialidad, no sea indiferente al resultado valioso y útil de la justicia de protección y que, sin perder su independencia, se sienta custodio de los fines o metas que enuncia el texto constitucional para que esos derechos no se frustren. Un juez –con palabras de Vargas Llosa– que no vacile en meter la cabeza, entrometerse en la miga del caso que es el drama humano al que esté convocado, que lo vea y lo sienta, lo cual le impida instalarse en posición distante o ajena a lo que ocurre –aunque sea siempre desinteresado e imparcial– y a su más justo desenlace, obrando siempre con equilibrio y ponderación”.¹⁷

Si el debate todavía se centra en la comprensión y en la extensión del concepto de legitimación colectiva,¹⁸ cosa juzgada *erga omnes*, o, peor aún, sobre el alcance filológico o hermenéutico del enunciado “derechos de incidencia colectiva en general” que plasma el texto constitucional, ello también demuestra que tampoco hemos superado el cartabón normativista o lógico-positivista que denunció hace más cien años el jurista francés Francisco Genny.¹⁹

La supremacía de la visión lógico-formal, en el análisis de los casos justiciables sobre la realidad del derecho sustancial en riesgo de sufrir un daño²⁰ (trátese de un derecho individual, social o de incidencia colectiva), representa en los hechos un fuerte impedimento para el goce y ejercicio

Raymundo L., Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina – Concordado y Comentado-, Premio Nacional de Ciencias, 1932, Ed. Compañía Impresora Argentina S. A., Buenos Aires, 1942).

¹⁷ MORELLO, Augusto Mario. *Jurisprudencia anotada en la jurisdicción de protección o acompañamiento*, Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004-2, “Demanda y reconvencción”, p. 380.

¹⁸ ROMERO, Francisco. *Lógica –Introducción a la problemática filosófica*, Ed. Losada, 1943, p. 42.

¹⁹ Señala Francisco Genny, al respecto, lo siguiente: “El problema se agrava porque ciertas tendencias dogmáticas pretenden reducir el derecho positivo a algunas concepciones tipos, deducidas de operaciones racionales de abstracción o generalización, que suministran cuadros inflexibles e inmutables para todos los hechos de la vida, como si el derecho fuese una ciencia exacta y no destinado a regir la realidad de la vida social y su fondo, siempre complejo y en perpetuo movimiento.” (*Método de interpretación y fuente del derecho privado positivo*, Ed. Comares, Granada, 1925, p. 12).

²⁰ El célebre juez de la Corte Suprema de los EEUU Oliver Wendell Holmes Jr, señalaba en su famoso libro *La senda del Derecho* –en un claro cuestionamiento a la “lógica formal” de uso forense– lo siguientes: “La formación de los abogados es una formación en lógica. Los procedimientos lógicos de la analogía, la distinción y la deducción son los más familiares para ellos. El lenguaje de las decisiones judiciales es fundamentalmente el lenguaje de la lógica. Y la forma y el método lógico satisfacen ese anhelo de certeza y de reposo que se hayan en la mente humana. Pero la certeza, generalmente, es una ilusión y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica subyace un juicio sobre el valor relativo y la importancia de los diversos fundamentos legislativos. Un juicio a menudo inarticulado e inconsciente, es cierto, pero que constituye la misma raíz y el nervio de todo el procedimiento.” (Ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, p. 69).

efectivos de la garantía de acceso a la justicia que consagra la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, de análoga jerarquía.²¹

Cuando corre peligro cierto de sufrir daños irreparables “el ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes”, el derecho de consumidores y usuarios de bienes y servicios, el derecho a la protección de la salud, los intereses individuales homogéneos de sectores vulnerables de la sociedad, etc., la discusión retórica o la hermenéutica bizantina sobre figuras de tinte ritual, cuyo principal cometido es la aplicación del derecho material al caso concreto y no su frustración,²² importan un cerrojo infranqueable para el libre acceso a la justicia (o a la “tutela judicial efectiva”) de las personas afectadas o legitimadas colectivamente por la Ley Suprema.²³

El derecho material o sustancial pasa, de tal suerte, a un segundo y olímpico plano, y cobra preeminencia indebida la norma ritual que debería ser – como diría Piero Calamandrei– su “escorta vigilante y armada; alzándose entre ambos una suerte de murallas sin ventanas”.²⁴ El derecho sustancial, entonces, y siguiendo al maestro florentino, permanece de esta forma “apartado e inerme”.

Viene a cuento en este lugar –por su estrecha vinculación con este tema– la atinada reflexión del jurista Luis Ghilherme Marinoni, cuando señala: “El procedimiento ordinario, que se caracteriza por ser un procedimiento ajeno al derecho material, es la mayor prueba de que aislar el proceso no conduce a

²¹ Este excesivo ritualismo (predominio del rito o de las formas sobre el derecho de fondo), producto de un asfixiante logicismo-racionalista en el análisis de los casos –que coarta el acceso a la justicia– contrasta con el pragmatismo y la simplicidad de la solución que prescriben los Principios del Derecho de los Procesos Colectivos de la American Law Institute, que frente a las *common question class action* (Rule 23-b-3-), dejan en manos de la discreción judicial la supervisión del litigio y la admisibilidad de la acción colectiva frente a las posibles alternativas que pudieran existir en procura de una mayor eficiencia judicial para la tutela de los derechos en juego. “Me he preguntado –reflexiona Piero Calamandrei luego de visitar la universidad de Cambridge y sorprenderse de que no existe ninguna cátedra de derecho procesal en sus eruditos y añejos claustros– si nuestras tan elaboradas construcciones teóricas no son más que un alarde, y me he persuadido cada vez más de que los abogados y jueces ingleses no estarían dispuestos a cambiar, en materia de justicia, nuestra ciencia por su empirismo.” (*Crisis de la justicia*, trabajo que integra el volumen “Crisis del derecho”, Ed. EJE, 1961, p. 308).

²² El destacado constitucionalista Raúl Bazán, en su comentario al fallo “Ibáñez, Máximo c/ A.N.S.E.S.” (Sala II, Cámara Federal de la Seguridad Social, sentencia del 8 de septiembre de 2005), en el cual colisionaron el “*solemnis ordo iudiciorum*” con la tesis que postula la admisión irrestricta de las “pretensiones procesales preventivas diferenciadas de carácter alimentarias”, expresa al respecto lo siguiente: “Las formas tienen un sentido y un porqué. Brindan orden procesal, predictibilidad y seguridad jurídica. Sin embargo, ni el proceso es un conjunto de solemnidades desprovistas de significado, ni puede tolerarse un reinado sin sobresalto de las formas que conduzca a una desautorización del derecho, o que permita a aquellas proyectarse en sistemáticos menoscabos y mediatizaciones de derechos sustanciales, pues al tiempo de ser innegable que toda solución jurisdiccional que se imprima a un litigio no puede quedar desconectada de los valores constitucionales que incumbe custodiar a las normas procesales, tampoco lo es menos el axioma que prescribe que el proceso no es sino un instrumento de justicia.”

²³ El recordado maestro Hugo Alsina señalaba al respecto lo siguiente: “No solamente cada uno de los institutos procesales importa el desenvolvimiento de un precepto de la Constitución [como lo son la “cosa juzgada” o la “legitimación”], sino que aún aquellos que no han tenido en la ley procesal su tratamiento correspondiente, deben hacerse efectivos por los jueces, obligados como están a aplicar en primer término la ley suprema del Estado. Una garantía o un derecho que carezcan de esa protección no pasan de la categoría de meras declaraciones líricas, porque quedan supeditadas al respeto gracioso de quienes ejercen la autoridad o se apoya exclusivamente en la fuerza; la falta de protección jurídica es la negación del régimen jurídico.” (*Derecho Procesal*, Ed. EDIAR, 1963, T. I pp. 32 y ss).

²⁴ CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Ed. Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 150 y ss.

buenos resultados, dada la creciente preocupación con las llamadas tutelas jurisdiccionales diferenciadas, imprescindibles para la protección efectiva de determinadas situaciones de derecho sustancial y, por ende, alternativas a la neutralidad impuesta por dicho procedimiento.”²⁵

La discutible mixtura que se ha operado en materia de tutela colectiva, entre la normativa clásica (de raigambre decimonónica y plasmada en el Código Procesal Civil y Comercial vigente) y el derecho procesal moderno (representados, en nuestro país, por las noveles directivas de los artículos 41, 42, 43, de nuestra Carta Magna, la ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, ley General del Ambiente N° 25.675 y las Acordadas de la CSJN N° 32/2014 y N° 12/2016), resulta a todas luces negativa para la oportuna y efectiva protección o tutela de los bienes y derechos colectivos que consagra la Constitución Nacional.²⁶

Como bien señala Marinoni,

el modelo de proceso, que puede denominarse *proceso civil clásico*, además de reflejar, sobre el plano metodológico, las exigencias de la escuela sistemática, basadas en la necesidad de aislar el proceso del derecho material, irradia valores del derecho liberal, esencialmente la neutralidad del juez, la autonomía de la voluntad, la no injerencia del Estado en las relaciones particulares y la incoercibilidad del *facere*.²⁷

Y para concluir con la cita de este prestigioso jurista brasileño y con las debidas excusas al paciente lector por abusar de ellas, no podemos menos que extractar lo que representa el mensaje medular de su libro, a saber:

Ante esta situación, hay que pensar en un nuevo modelo procesal. El proceso civil debe estructurarse de modo que permita la adecuada tutela de los derechos. En este sentido, no se puede confundir el modelo procesal (esto es, los procedimientos), con la tutela que éstos reconocen. Los procedimientos son diferentes justamente porque deben amoldarse a las distintas clases de derechos que obligan al ciudadano a acudir ante la judicatura. Los procedimientos varían de acuerdo con la cognición que le es inherente, al permitir la celeridad de los actos procesales y la anticipación de la tutela, así como al trabajar con sentencias y medios de ejecución diversificados.²⁸

La doctrina nacional en forma reiterada ha preconizado este punto de vista; por ejemplo Stiglitz y Bru, para quienes los procedimientos tradicionales son marcadamente insuficientes para otorgar debida tutela a los derechos de tercera generación.²⁹

²⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela inhibitoria*, Ed. Marcial Pons, 2014, p. 17.

²⁶ El destacado jurista español José Luis Vázquez Sotelo, también cuestiona esta aleación de sistemas procesales incompatibles con estas palabras: “La novedad que representan los procesos colectivos es tan profunda que ni su planteamiento doctrinal ni su regulación pueden hacerse pensando que es suficiente adaptar las instituciones del tradicional proceso civil sobre relaciones intersubjetivas. Por el contrario, suponen una realidad nueva y exigen una nueva regulación de las instituciones y categorías procesales pensada en esa nueva realidad. Nada que ver –concluye Vázquez Sotelo– con los frecuentes casos de procesos civiles con pluralidad de partes ni con procesos civiles con múltiples intervenciones de terceros.” (*El proceso de acciones colectivas –Necesidad de su implantación en España*, Revista de Derecho Procesal 2012 – Número extraordinario, Procesos Colectivos, Ed. Rubinzal – Culzoni, pp. 532 y ss.).

²⁷ MARINONI, Luis Guilherme. Op. cit., p. 17.

²⁸ MARINONI, Luis Guilherme. Op. cit., p. 19.

²⁹ v. STIGLITZ, Gabriel y BRU, Jorge. *El amparo y los derechos de los consumidores*, Revista de Derecho Procesal n° 5 Amparo –Habeas Corpus – II, Ed. Rubinzal Culzoni, 2000, p. 88.

La presente investigación desarrollará el tema del acápite en V capítulos y la conclusión sin pretender agotarlo pues, como bien decía la profesora Beatriz H. Quintero de Prieto³⁰ como clausura de un excelente trabajo sobre la legitimación en la causa –aporte invaluable para superar la confusión conceptual que existe en la doctrina y en la jurisprudencia sobre esta figura esquivada y de contornos evanescentes–,

en este piélago, en este mar que es la teoría del proceso –cavila Quintero de Prieto– he repetido caminos muy antiguos volviéndome a asombrar ante los principios inveterados como si recobrara teorías olvidadas. Por eso, al cabo de este esfuerzo, nada nuevo entrego y sí apenas eso: una tarea.

Nada más adecuado para compendiar esta idea central de nuestro trabajo de investigación –esto es, la convivencia malsana entre dos sistemas procesales antitéticos– con esta conocida alegoría del célebre procesalista Clemente Díaz dicha en 1973 (hace 43 años): “La reforma procesal no debe consistir en verter vino fresco en odres viejos, sino en vasijas nuevas.”

I. Precisiones conceptuales

Hemos de comenzar esta investigación en torno a la protección procesal de los bienes colectivos procurando delimitar el uso correcto de los conceptos y figuras jurídicas relativas al tema que nos convoca.

El uso indebido de un concepto jurídico, o el sentido multívoco y no pocas veces equívoco que se le asigna (por ejemplo cuando su contenido representa en el plano del pensamiento realidades u objetos disímiles o cuando no contradictorios³¹), debilita o licua –en lo que a nuestro tema concierne– la tutela jurisdiccional efectiva que proclama la Ley Suprema y desalienta el ejercicio de la defensa del derecho que ese concepto jurídico (o figura jurídica) subsume.³²

A esta anomalía en la comunicación y en el discurso alude John Stuart Mill, cuando destaca que “[...] las más de las veces, las discrepancias

³⁰ QUINTERO DE PRIETO, Beatriz H. *La legitimación en la causa*, Revista de Estudios Procesales, Director Adolfo Alvarado Velloso, n° 36, Centro de Estudios Procesales, Rosario, mayo, 1983.

³¹ En nuestro trabajo de investigación titulado: *El amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional: ¿Amparo nuevo o amparo reciclado?*, publicado en Jurisprudencia Argentina, el 3 de diciembre de 1997, pp. 2 y ss., alertábamos sobre el uso equívoco del concepto de “amparo” por parte de la doctrina procesal y constitucional, al definido indistintamente como “acción”, “proceso”, “derecho”, “garantía”, “pretensión”, “socorro o auxilio del sistema procesal general” (Sanmartino y Canda), “modalidad de actuación jurisdiccional de índole protectora de derechos y garantías” (Adolfo A. Rivas), etc. lo cual desdibuja notablemente la eficacia y el rol de esta figura jurídica de matriz constitucional y sume a los operadores en la duda: “Como es sabido –concluíamos– el amparo soporta hoy los efectos de la duda que mantienen los operadores jurídicos sobre su real incumbencia jurídica. Navega, por lo mismo, ora por las tranquilas aguas de la ineficacia, ora por el proceloso mar de lo imprevisible.” (Op. cit., p. 8).

³² El filósofo Francisco Romero señala al respecto lo siguiente: “El concepto es un elemento lógico que se refiere a un objeto que lo representa en el plano del pensamiento; hay en él referencias ideales a las notas del objeto, y estas referencias no son sino una especial manera de tomarlas en consideración, de contar con ellas [...] Todo concepto tiene ‘contenido’ y lo componen las referencias mediante las cuales el concepto expone su objeto, las constancias mentales que en el concepto responden a las notas constitutivas del objeto [...] la ‘extensión’ de un concepto depende de los objetos que un concepto comprende [...] el número mayor o menor de objetos que comprende.” (*Lógica e Introducción a la problemática filosófica*, Ed. Losada, 1983, pp. 38 y ss.).

doctrinarias no pasan del desencuentro terminológico, que es la raíz de las ciencias discursivas.”³³

Con relación a los derechos de tercera generación, la doctrina alude indistintamente a “derechos de incidencia colectiva”, “bienes o derechos colectivos”, “intereses o derechos individuales homogéneos”, “proceso colectivo”, “procedimiento colectivo”, “acciones colectivas”, “pretensiones colectivas”, entre otros, para referirse a realidades u objetos idénticos. El mensaje resulta, así, muy confuso.³⁴

Siguiendo nuestra línea de pensamiento sustentada en investigaciones científicas serias y razonablemente fundadas, aludiremos en este capítulo a derechos sobre bienes colectivos (en lugar de derechos difusos), que algunos autores apodan confusos, pues esta expresión –muy difundida otrora– confunde el derecho con su objeto: esto es, el bien del que es titular la persona que lo ostenta). Seguimos aquí la taxonomía del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que en el capítulo IV distingue entre “derechos y bienes” y en el artículo 15, aclara que: “las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes [...]”. En el artículo siguiente, prescribe que los bienes materiales se llaman cosas (en el artículo 17 consagra los derechos sobre el cuerpo humano y sus partes, que no revisten valor económico ni son cosas, sino que poseen valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario y social [...]).

El Código Civil solo reconoce derechos individuales y de incidencia colectiva (art. 14), a los que no define. Tampoco precisa su alcance en el texto aprobado, pero sí prescribe que el ejercicio de los derechos individuales sobre bienes debe ser compatible con estos, como también debe conformarse con las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y tampoco dicho ejercicio puede afectar los ecosistemas de la flora, fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros (v. art. 240).

Por lo mismo, consideramos inapropiada la expresión proceso colectivo, pues colectiva es la pretensión procesal que ejercita el legitimado constitucional en representación de una clase, grupo o sector social, y que según la categorización admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi”, se fracciona o divide en “pretensión fundada en derechos de incidencia colectiva” y “pretensión fundada en intereses individuales homogéneos”.

El proceso, desde el prisma gramatical, es un sustantivo abstracto cuya composición y configuración complejas no admite calificación. Por ello, estimamos que constituye un error hablar de proceso colectivo, proceso de amparo, proceso urgente, etc. Como bien señala Ernesto J. Couture “[...] el

³³ *Sistema de lógica deductiva*, cit. por Atilio C. González, *La pluralidad en el proceso civil y comercial*, ed. Astrea, 1984, p. 23.

³⁴ Ronald Dworkin señala lo siguiente: “Desafortunadamente, la palabra inglesa « derecho » (law) y sus equivalentes en otras lenguas se usan de manera muy diversa. Tenemos muchos conceptos distintos para desarrollar los cuales usamos tales palabras. Estos conceptos se relacionan entre sí de una manera tan problemática y controvertida que a menudo las diferentes teorías sobre la relación entre el derecho y la justicia son respuestas a preguntas muy distintas. Esta desgracia semántica –concluye Dworkin– ha generado una buena cantidad de confusión en la teoría del derecho.” (*La justicia con toga*, Ed. Marcial Pons, 2007, pp. 11 y ss.).

proceso jurídico es un “cúmulo de actos”; [por] su orden temporal, su dinámica, la forma de desenvolverse”³⁵;

el proceso –agrega en otra de sus obras– es un método de debate; en él participan elementos humanos: jueces, auxiliares, [abogados] partes, testigos, peritos, etc., los cuales actúan según ciertas formas determinadas por la ley [...] lo que constituye la estructura del proceso es el orden dialéctico; el proceso judicial y el proceso dialéctico aparecen, así, ante nosotros, unidos por un vínculo profundo. A la verdad se llega –concluye el prestigioso jurista oriental– por oposiciones y refutaciones, por tesis, antítesis y síntesis.³⁶

¿Puede admitir la calificación de urgente, colectivo, alimentario, etc. este cúmulo de actos pulcramente sistematizados y de sujetos de variado *métier*, que la ley denomina proceso, y cuyo cometido consiste en ordenar o reglamentar el debate judicial o extrajudicial (arbitraje), en torno a un presunto conflicto intersubjetivo jurídico o de intereses?

En nuestro afán por rebatir la tesis, muy generalizada, que califica al proceso de urgente y no a la pretensión procesal (al igual de lo que sucede con la “pretensión colectiva”), señalamos en un trabajo de investigación³⁷ lo siguiente:

Para el Diccionario de la Lengua Española, el sustantivo urgencia tiene dos sentidos: 1) “calidad de urgente” y 2) “necesidad o falta apremiante de lo que es menester [...]”.

El vocablo urgente es un participio activo del verbo urgir (significa: algo que urge); mientras que el verbo transitivo urgir –según el *Diccionario Prehispánico de Dudas de la Real Academia Española*– tiene, a su vez, dos significados: 1) “pedir algo con urgencia o apremio”; 2) “instar a alguien a hacer algo sin dilación”.

Pues bien, cabe formularnos las siguientes preguntas: ¿Quién sufre la necesidad o falta apremiante de lo que es menester? ¿El proceso –como se sostiene habitualmente– o el titular de la pretensión? ¿Quién pide algo con urgencia o apremio? ¿Quién insta a alguien a hacer algo sin dilación? ¿El proceso o el titular de la pretensión?

La respuesta –por evidente– cae de madura-: lo urgente [como lo colectivo, protectorio, etc.], jamás puede ser el proceso –el cual, para Guasp, “no pertenece al mundo de los seres tangiblemente reales”– sino la pretensión que constituye su objeto y cuyo titular –en el caso– se halla urgido por una necesidad impostergable, perentoria.

En dos artículos de doctrina vinculados a este tema,³⁸ puntualizamos lo siguiente:

Esta simple inferencia nos llevó a destacar que es incorrecto –además de grave por sus derivaciones sobre la eficiencia de la tutela jurisdiccional– hablar de “proceso urgente” en lugar de “pretensión urgente”, porque lo “urgente” no es el proceso, sino la pretensión

³⁵ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, 1981, p. 121.

³⁶ COUTURE, Eduardo J. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Ed. Depalma, 1978, pp. 53 y ss.

³⁷ HERRERO, Luis René. *El Derecho Procesal de la Seguridad Social, el proceso organizacional y las nuevas formas de tutela de mérito inmediata y definitiva (autosatisfacción) y provisoria (anticipación)*, Lexis-Nexis – Jurisprudencia Argentina, 7/11/2001 pp. 12 y ss.

³⁸ HERRERO, Luis René. *Decisiones oportunas sobre pretensiones urgentes*, E.D. 165-1000 y *Jurisdicción protectorial, protectoria o de acompañamiento*, Revista de Derecho Procesal, 2015 –1, Jurisdicción y competencia – II, Ed. Rubinzal – Culzoni, pp. 281 y ss. (p. cita 297).

cuyo complemento necesario es la decisión oportuna de la jurisdicción.

Si lo urgente fuera el proceso y no la pretensión –afirmábamos desde el sentido común– la mora judicial no perjudicaría a nadie por el daño que ocasionaría, pues más allá de la contradicción lógica que entraña esta afirmación (ya que no puede existir daño sin dañado, es decir, sin que haya una persona que lo sufra en carne propia), lo cierto es que el proceso no tiene titular, pero sí lo tiene –y de carne y hueso– la pretensión procesal.³⁹

Hemos mantenido y defendido esta tesis a través del tiempo, en varios extensos trabajos de investigación y en cuatro congresos nacionales de Derecho Procesal⁴⁰ (en los que intervinimos en calidad de ponente general, designados oficialmente por la Asociación Argentina de Derecho Procesal), como una contribución seria, desde el campo científico, a la humanización del derecho procesal, al restablecimiento de su vínculo inescindible con el derecho sustancial –que el positivismo jurídico racionalista pulverizó– y al convencimiento de que –como bien señaló el célebre jurista hispano Jaime Guasp Delgado–

[...] el derecho procesal no es otra cosa que derecho de las pretensiones, o, mejor aún, el conjunto de normas que regulan el tratamiento jurídico de una pretensión. La pretensión es la causa del proceso; el proceso, por consiguiente, no es concebible sin la existencia de una pretensión, la cual engendra la institución procesal cuya regulación en derecho crea a nuestra disciplina.⁴¹

Nos convence sin reparos esta doctrina sobre la pretensión como bisagra del orbe procesal y excluyente portadora de las cualidades sustanciales del derecho en que se funda, y que otrora se atribuían al proceso (p. ej. “urgente”, “colectiva”, “alimentaria”, “diferenciada”⁴², de “amparo”, etc.). La consideramos compatible (en tanto y en cuanto su titular de carne y hueso deviene protagonista excluyente y figura central del orbe procesal, y no el ente abstracto denominado proceso) con el hecho histórico verificable consistente en el retorno del centro de simetría de masa, o el fulcro de la palanca protectoria de la normativa convencional y constitucional durante la posguerra (que hasta ese momento se atornillaba sobre los bienes patrimoniales, la teoría del resarcimiento del daño, no en su prevención, y sobre la aprehensión

³⁹ HERRERO, Luis René. *¿El juez del Estado social de derecho es el mismo que el juez del Estado liberal del siglo XIX?*, nota a fallo, Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Procesal, Dir. Osvaldo Alfredo Gozañi, Ed. La Ley, Serie de libros universitarios, 2002 p. 393: id. “*El derecho procesal de la seguridad social, el proceso organizacional y las nuevas formas de tutela de mérito inmediata y definitiva (“autosatisfacción”) y provisoria (“anticipación”)*”, Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina, 2002, p. 12.

⁴⁰ XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, 13 al 16 de junio de 2001, Libro de Ponencias, pp. 909/924; XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Paraná, Entre Ríos, 12, 13 y 14 de junio de 2003, Libro de Ponencias I, pp. 91 y ss.; XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11 al 13 de noviembre de 2009, Libro de Ponencias, pp. 17 y ss.

⁴¹ A lo cual agrega el gran jurista hispano, anticipándose a cualquier duda, lo siguiente: “El que diga, por lo tanto, que el derecho procesal es la causa del proceso, sólo es cierto desde el punto de vista jurídico ‘formal’ (igual que podría decirse que el derecho civil es el que crea el contrato, y el derecho penal el que crea el delito, pues contrato y delito, como formas jurídicas, sólo nacen en virtud de su regulación por las normas de derecho.” (Guasp Delgado, Jaime, *La pretensión procesal*, Ed. Civitas S.A., Prólogo de Manuel Alonso Olea, 1981, Madrid, España, p. 43, nota n° 38.).

⁴² HERRERO, Luis René. *Tutelas o pretensiones procesales diferenciadas: Una mirada descarnada y una propuesta diferente sobre una figura jurídica de contornos evanescentes*, publicado en Jurisprudencia Argentina, Fascículo 3, 2010 – III, pp. 3 y ss.

racional y lógica de los conceptos y figuras procesales, con total descuido de la materia social auténtica –Guasp Delgado– que subyacía a todas ellas). Retornó, decíamos, a su asentamiento ancestral, esto es, al hombre y su dignidad personal inmutable e inmarcesible,⁴³ o con palabras del Alto Tribunal de la Nación:

El hombre como eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores revisten siempre carácter instrumental.⁴⁴

II. Protección de los bienes, derechos e intereses colectivos antes y después de la reforma constitucional de 1994

¿Vino nuevo en odres viejos? El prestigioso jurista español José Luis Vázquez Sotelo destaca que, entre las muchas novedades que fueron apareciendo en la última década del siglo XX en el proceso civil (por ejemplo, tutela cautelar, tutela sumaria provisoria, entre otras), ninguna es comparable con el cambio profundo que suponen las acciones y procesos colectivos (*rectius*: pretensiones). “No me parece una exageración –concluye el maestro hispano– si digo que, metodológicamente, los procesos (“*rectius*”: pretensiones), colectivos representan respecto del Derecho Procesal Civil tradicional, algo muy próximo a un ‘cataclismo’ científico.”⁴⁵

Los juristas clásicos del derecho procesal (italianos, alemanes, españoles) no conocieron esta novedosa forma de acceso a la justicia por parte de sectores o clases, determinadas o indeterminadas en su composición, en defensa de derechos homogéneos o comunes sobre bienes patrimoniales o supraindividuales indivisibles.⁴⁶

El artículo 43 de la Constitución Nacional, reformada en el año 1994, los denomina “derechos de incidencia colectiva en general”, norma cuya claridad y concisión contrasta con las disímiles lecturas a las que fue sometida por el Alto Tribunal de la Nación y la doctrina en general,⁴⁷ con el auspicio de visiones o

⁴³ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado en este sentido, que: “La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional.” (*Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S. A. s/ accidentes ley 9688*”, Sentencia del 21 de septiembre de 2004. Fallos 327: 3753).

⁴⁴ CSJN, “*Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Droga Neoplásicas*”, Sentencia del 24 de octubre de 2000. Fallos 323: 3229.

⁴⁵ VAZQUEZ SOTELO, José Luis. *El proceso de acciones colectivas –Necesidad de su implantación en España*, Revista de Derecho Procesal 2012 – Número extraordinario, Procesos Colectivos, Ed. Rubinzal – Culzoni, p. 532 y ss.

⁴⁶ Leandro J. Gianinni puntualiza que “el objeto de los procesos analizados (*rectius*: “pretensiones”), es la tutela de los derechos de incidencia colectiva que definimos como aquellos que pertenecen, divisible o indivisiblemente, a una pluralidad relevante de sujetos, desbordando, por sus especiales cualidades, los tradicionales mecanismos de enjuiciamiento grupal (Vgr. intervención de terceros, litisconsortio, acumulación de pretensiones, etc.)”.

⁴⁷ Recordamos en este lugar la sugerente reflexión que solo un hombre sabio –más que un jurista brillante– podría proferir, a propósito de nuestra observación: “En occidente –escribe un pensador oriental– un hombre se enamora de una teoría y otro de otra; y ambos proceden a demostrar su teoría y el error de la adversa, con gran cultura y estupidez” (Couture, Eduardo J. *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 52).

ideologías contrapuestas,⁴⁸ que haría incurrir a sus autores en lo que Néstor Pedro Sagües denomina “interpretación mutativa por “adición-sustracción””.⁴⁹

Anticipándonos a lo que en los capítulos siguientes desarrollaremos con mayor profundidad, nos parece oportuno traer a este lugar la correcta definición que formula de tales derechos uno de los autores más prolíficos y versados sobre este espinoso tema de las pretensiones colectivas. Nos referimos a Leandro J. Giannini, quien al respecto señala:

El término *derechos de incidencia colectiva* que –como ya es sabido– fue incorporado a la Constitución Nacional con la reforma de 1994, es una expresión *genérica* que satisface las necesidades descriptivas del objeto que nomina. El alcance que le damos aquí, implica dejar de lado toda interpretación ‘restrictiva’ que del mismo pueda pregonarse, tanto en virtud del contexto en que el concepto fue incorporado (acción –*rectius*: “pretensión”- de amparo), como también por equiparación (a nuestro criterio indebida), de la noción de derechos de incidencia colectiva con la de derechos difusos.⁵⁰

Vázquez Sotelo nos dice que si se pudiera rescatar de sus tumbas a los más egregios maestros del Derecho Procesal y les exhibiéramos las directivas del Código Modelo de Procesos de Procesos Colectivos para Iberoamérica, redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, referidas a la “representación adecuada” de la clase, a la “legitimación” o a la eficacia de la sentencia en los procesos colectivos, entre otras, solo estupor podrían exhibir –concluye Vázquez Sotelo– los rostros de Wach, Rosemberg, Chioyenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti y de los españoles Gómez Orbaneja, Prieto Castro, Guasp Delgado, para citar solo algunos de los más conocidos.⁵¹

En la República Argentina la aparición de este fenómeno original no fue diferente a lo que sucedió en el mundo desarrollado. La lenta evolución que tuvieron los planteos judiciales de naturaleza colectiva, hasta su reconocimiento expreso en la Constitución Nacional, reconoce –según Francisco Verbic⁵²– cuatro etapas bien definidas.

La primera etapa se extendería desde año 1983 con el fallo “Kattan A. E. y otro c/Gobierno nacional. Poder Ejecutivo”⁵³, hasta la reforma constitucional

⁴⁸ SAGÜES, Néstor P. *Interpretación de la ley: Teoría del uso alternativo del derecho*, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo V, Apéndice, Ed. Driskill S.A. p. 433. Explica el autor lo siguiente: “En sentido amplio [...] una norma –constitucional o infraconstitucional- es interpretada adrede de modo distinto al que fue concebida. Se trata, pues, de una interpretación “infidel”, pero legitimada ideológicamente.”

⁴⁹ SAGÜES, Néstor P. *Crisis de la supremacía constitucional*, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VI, Apéndice, Ed. Driskill S.A., pp. 115 y ss.

⁵⁰ GIANNINI, Leandro J. *Los derechos de incidencia colectiva en el proyecto de Código Civil y Comercial (aportes para su redefinición)*, DJ 05/09/2012, 89. Cita online: AR/DOC/3499/2012.

⁵¹ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *El proceso de acciones colectivas –Necesidad de su implantación en España*, Revista de Derecho Procesal 2012 – Número extraordinario, Procesos Colectivos, Ed. Rubinzal – Culzoni, p. 534.

⁵² VERBIC, Francisco. *Tutela colectiva de derechos en Argentina – Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia*, Revista de Derecho Procesal, 2012 – Número extraordinario, “Procesos colectivos”, Ed. Rubinzal – Culzoni, pp. 52 y ss.

⁵³ CNCont. Adm. Fed., L.L. 1983-D568, con nota de Guillermo J. Cano: “Un hito en la historia del Derecho Ambiental argentino”. Un grupo de actores había promovido un amparo contra unos permisos de pesca otorgados por el Gobierno Nacional a favor de barcos japoneses que los afectaba. El juez de grado hizo lugar a la medida cautelar solicitada, reconociendo la legitimación colectiva de los actores con estas palabras: “Un grupo de personas en estos casos particulares, puede hacer oír su voz su voz ante los estrados judiciales en representación de la comunidad que, si bien permanece silenciosa o ignorante del problema, no deja por eso de tener gravemente afectado su patrimonio y garantías esenciales.”

de 1994. Corrían tiempos en que la novedad más significativa fue la aparición de los apodados intereses difusos, de gran impacto en el mundo del derecho y en la doctrina especializada. Se trataba de una nueva categoría de derechos que se sumaba a la trilogía clásica oriunda del derecho administrativo, que distinguía entre los derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples. La distinción hoy carece de toda relevancia para establecer si un sujeto se halla o no legitimado para accionar colectivamente.⁵⁴

El tema jurídico más discutible durante esta primera etapa se centró en los fundamentos de estos derechos borrosos, indefinidos, o difusos que algunos autores lo encontraron en el difuminado orbe de los derechos implícitos del art. 33 de la Ley Suprema. Otros, directamente, los consideraron inviables desde el prisma constitucional,⁵⁵ lo cual representaba una cuestión central a los fines de dilucidar el tema de la competencia de la justicia para saber sobre ellos, sobre la legitimación colectiva de los grupos afectados y el efecto “*erga omnes*” de la cosa juzgada, entre otros.

La sanción de la ley 24.240 de protección y defensa de los consumidores y usuarios (B.O. 13/10/1993), bordeando la expiración de esta primera etapa, marcó un jalón en el desarrollo y en la defensa de los derechos y bienes colectivos en la República Argentina. Pero, lamentablemente, el Poder Ejecutivo vetó el efecto *erga omnes* de la sentencia que el proyecto proponía, mediante el decreto 2089/93 que redujo su alcance exclusivamente a las partes del litigio. Se desconoció así, de tal guisa, un principio inherente a la estructura sistémica de la tutela colectiva, que por suerte luego fue restablecido por la ley 26 371 (B.O. 07/04/2008).

En un contexto normativo y doctrinario esquivo al reconocimiento y admisión de este tipo de planteos que trascienden el mero interés particular de las partes e incluyen un número indeterminado de personas afectadas por una causa fáctica o normativa común, que lesiona sus derechos en forma homogénea, proliferaron fallos desestimatorios con fundamentos de las más diversa índole,⁵⁶ oriundos todos ellos del *solemnis ordo iudiciorum* en el cual se asienta el proceso civil clásico, tributario de la escuela sistemática, que se basa en la necesidad de aislar el proceso del derecho material.⁵⁷

⁵⁴ Se registran otros precedentes análogos a “Kattan”, Vgr.: “*Fernández Raúl c/Poder Ejecutivo Nacional*”, CNCont. Adm. Fed. Sala IV LL: 1995-E-535; “*Schroeder, Juan c/Estado Nacional – Secretaría de Recursos Naturales*”, id. Sala III, LL. 1994-E-449; “*Labatón, Ester Adriana c/Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación s/amparo*”, idem. Sala V, Sentencia del 25/09/96, entre muchos otros.

⁵⁵ Como Rodolfo Barra, quien proponía cerrar las puertas de la justicia a estos planteos novedosos que “convierten a juez –alegaba– en un árbitro de las disputas políticas, lo que no es su papel constitucional e institucional y, seguramente por esa razón, no se encuentra preparado para ello” (*Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, E.D. 146-829).

⁵⁶ CSJN, “*Baeza, Aníbal R. c/ Estado Nacional*”, E.D. 110-357 (rechazo de un amparo contra una consulta popular sobre el tema “Beagle”); “*Dromi, José R. s/avocación en: Fontela, Moisés W. c/ Estado Nacional*”, L.L. 1990-E, 97 (rechazo de un amparo promovido por un diputado nacional contra la privatización de Aerolíneas Argentinas); “*Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo Nacional*”, L.L. 1994-C291 (rechazo de un amparo promovido por diputados nacionales mediante el cual se pretendía la nulidad del procedimiento legislativo que culminó con la sanción de la ley 24.309 de reforma de la Ley Suprema), entre otros.

⁵⁷ MARINONI, Luis Guilherme. *Tutela inhibitoria*, Ed. Marcial Pons, 2014, prólogo de Eduardo Oteiza, p.17.

La segunda etapa en este proceso evolutivo de la tutela colectiva en la República Argentina se inicia con la reforma Constitucional de 1994 y culmina con el dictado del fallo “Mendoza” (conocido como el caso “Riachuelo”).⁵⁸

Si bien la legitimación procesal en defensa de los derechos y bienes colectivos logró inserción constitucional⁵⁹ –lo que representa un logro trascendente para el sistema de protección de los derechos colectivos– y los sujetos legitimados que los titularizan fueron individualizados con precisión en el texto, las normas que la reglamentaron fueron avaras en la definición y vagas en la determinación del contorno de la figura,⁶⁰ lo cual trajo aparejado una retahíla de fallos desestimatorios apuntocados en argumentos oriundos del *ancien régime*.⁶¹ Se aplicaban a la legitimación colectiva de justiciables grupales como “el sello al lacre” –al decir de Guillermo Borda– los presupuestos de la figura homóloga, propia de los litigantes individuales del proceso adversarial común.⁶²

El ilusorio método consistente en verter “vino nuevo en odres viejos”, como decía Clemente Díaz, en lugar de hacerlo en flamantes “vasijas” que lo resguarden de los agentes patógenos externos, termina acidulando rápidamente el apetecido néctar, para desazón de sus destinatarios. Lo mismo sucede con estas noveles figuras jurídicas emergentes de la sociedad moderna, edificada sobre cimientos distintos a las de su homóloga que la precedió y que todavía se resiste, a través de varias de sus arcaicas manifestaciones jurídicas, a ceder su lugar en la historia.⁶³

⁵⁸ CSJN, “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otro s/daños y perjuicios*” (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo) M. 569. XL. ORI 20/06/2006 T. 329: 2316.

⁵⁹ GOZÁINI, Osvaldo A. *El problema de la legitimación en los procesos colectivos*, Revista de Derecho Procesal de Rosario, Ed. Zeus, Volumen II – 2006 pp. 11 y ss. Un estudio completo y profundo sobre esta figura de contornos difusos y contenido problemático.

⁶⁰ Para Francisco Verbic la reforma construyó un modelo constitucional híbrido en materia de legitimación colectiva. Sus raíces –asevera– pueden rastrearse tanto en el sistema de acciones de clase estadounidense (de allí la figura de “afectado” como alguien capaz de representar a un grupo de personas), como en el modelo asociativo y de participación de organismos públicos propio de los países europeos.” Revista de Derecho Procesal, 2012 – Número extraordinario, “*Procesos colectivos*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 56.

⁶¹ Andrea Meroi –adscripta a la escuela “garantista” del derecho procesal– formula una crítica mordaz contra el modelo adoptado por el constituyente con respecto a la “legitimación”, calificándolo de “desconcertante (sin explicación de fuentes), múltiple (constituyéndose en polirrepción), equívoco (con abuso de conceptos indeterminados), indiscriminado (ignorando la distinción entre intereses supraindividuales y plurales homogéneos), incompleto (sin la necesaria reglamentación de las cláusulas constitucionales), legitimante (en el sentido de perseguir adicionalmente otras finalidades que las propias de su sanción)” (“*Procesos colectivos*”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 269 y ss.).

⁶² CSJN, “*Frías Molina, Nélica Nieves c/ INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad*” 4/1992-F-28-REX 12/09/1996.

⁶³ El jurista español Miguel Aparicio Pérez, en su prólogo al libro de Dieter Simon “*La independencia del juez*”, distingue –aspecto clave para nuestra investigación– entre “El Estado liberal del siglo XIX y el “Estado social” que eclosionó a fines de este y durante buena parte del siglo XX. “El Estado liberal – explica– componía un adecuado elemento de cierre a la operatividad del sistema jurídico. Por un lado, las relaciones reguladas por el derecho eran fundamentalmente de ámbito privado; por otro, la regulación de intereses poseía la virtud de la claridad al proteger sin mayores ambages las necesidades de la cúspide social: la propiedad y el contrato articulaban el bien común que, a su vez, garantizaba la libertad civil. El juez, por lo tanto, aparecía, y en buena parte lo era, como uno de los pilares esenciales del sistema.” Con respecto al “Estado social”, puntualiza lo siguiente: “A finales de dicho siglo, el Estado había comenzado a sufrir cambios importantes, tanto por razones internas como externas: en los países occidentales, incluida Norteamérica, tras la consumación y consolidación de sus respectivas revoluciones burguesas, se inicia la fase del imperialismo y con ella una remodelación de los distintos instrumentos estatales. Eso da

El período posterior al fallo “Mendoza” fue rico en el análisis de conceptos jurídicos tabúes en esa época de transición, tales como los de derechos de incidencia colectiva, legitimación colectiva, intereses individuales homogéneos, cosa juzgada *ad eventum litis*, entre muchos otros.

También se destaca en esta segunda etapa como hito memorable en el espinoso tránsito de un sistema procesal arcaico y desvencijado que se resiste a desaparecer, hacia otro que pugna por instalarse definitivamente, la sanción de la Ley General del Ambiente N° 25 675, ya citada, que entraña un aporte significativo sobre legitimación colectiva, cosa juzgada “*erga omnes*” “*ad eventum litis*” (art. 33), daño ambiental (art. 27), etc.

El publicitado caso “Verbitsky, Horacio s/Habeas corpus” (Fallos: 328: 1146),

impactó en la doctrina y en la opinión pública, pues se trataba de un habeas corpus correctivo y colectivo fundado en el artículo 43 de la Constitución Nacional, que llevó a la Corte Suprema a expresar por boca de uno de sus ministros –por primera vez después de la reforma constitucional de 1994– que: “[...] los hechos constituidos por la existencia de situaciones plurales, demuestran la necesidad de admitir una acción igualmente plural, en beneficio de intereses colectivos de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, cuya satisfacción no podría lograrse mediante peticiones individuales (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

La recepción de la tutela colectiva por parte del Alto Tribunal –que entraña un hecho auspicioso desde el prisma institucional– no eclipsó el amargo sabor de la falta de una normativa específica sobre esta novedosa materia –situación que se mantiene en la actualidad–. No obstante ello, el caso Verbitsky implicó un avance significativo con respecto a la utilización de una vía procesal distinta a la del amparo que contempla el artículo 43 de la Ley Suprema y a la inclusión en el concepto de derechos de incidencia colectiva de una materia –como el *habeas corpus* colectivo– diferente al derecho ambiental y a las relaciones de consumo.

La tercera etapa en la evolución de la tutela colectiva en nuestro país se extiende desde la sentencia del caso “Mendoza” hasta el año 2009, año en el

lugar progresivamente al intervencionismo estatal que tiene en el Ejecutivo y su Administración la punta de lanza de las nuevas necesidades políticas. La tecnificación del poder como fenómeno general encontrará su lugar también en el ámbito jurídico: las normas jurídicas más importantes ya no se elaboran solo por el Parlamento; el Ejecutivo, la Administración pasan a ocupar un lugar decisivo no solo en el proceso legislativo, sino en todo el proceso normativo. Quiere ello decir que las viejas y claras distinciones se esfuman ante una realidad mucho más compleja en la que el Parlamento entra en crisis respecto al papel anterior (dicho sea de paso, es este un tema en el que el tópico de la crisis se utiliza con excesiva generosidad), aunque sigue siendo el centro de resistencia de la legitimidad democrática; en la que, además, sigue expidiendo esas leyes generales pero también otro nuevo tipo de leyes, las leyes concretas y particulares; en donde el Ejecutivo, convertido cada vez más en el centro indiscutible del aparato institucional, programa la actividad parlamentaria y actúa normativamente de forma directa en todos los ámbitos.” (*La independencia del juez*, Ed. Ariel S. A. 1985, Barcelona, España, p. XV). Este fenomenal cambio de rol por parte del estado, este fuerte “intervencionismo estatal” en la sociedad moderna, esta concentración de funciones en el Poder Ejecutivo en desmedro del Parlamento y del Poder Judicial, es lo que ha generado como contrapartida la necesidad de una actuación conjunta y concentrada por parte de los grupos o sectores sociales afectados por ese desmesurado poder estatal concentrado. El equilibrio de las fuerzas entre dañador y dañado se torna imprescindible para evitar la lesión de derechos supraindividuales u individuales homogéneos de la sociedad. La tutela colectiva es el remedio y el antídoto que ha engendrado el Estado social de derecho contra este tipo de daños colectivos, impensados en el vetusto orden jurídico decimonónico (*ancien régime*).

que el Alto Tribunal emitió el *leading case* “Halabi, Ernesto c/Poder Ejecutivo Nacional. Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/Amparo ley 16.986”.⁶⁴

El caso “Mendoza” versaba sobre un supuesto de contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, que alcanzaba una extensa área de más de cinco millones de personas. En él fueron demandados catorce municipios y cuarenta y cuatro empresas presuntamente contaminantes. Los actores pretendían la reparación del daño ambiental y una indemnización por los daños individuales sufridos. La Corte consideró que el primer tramo de la demanda –daño ambiental– correspondía a su competencia originaria, no así el segundo –indemnizaciones por daños individuales– que derivó a la justicia de primera instancia. Sin embargo, la Corte también admitió la posibilidad de que la contaminación denunciada pudiera afectar intereses individuales homogéneos de los demandantes (ver considerando N° 17).

Este precedente desnudó las graves falencias que exhibe la tutela colectiva con respecto al procedimiento específico que demanda,⁶⁵ principios, reglas procesales y figuras rituales ajustadas a su naturaleza de pretensión diferenciada,⁶⁶ que obligaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación –ante la pertinaz inercia del legislador– a subsanar en forma pretoriana lo atinente a los requisitos postulatorios de la demanda, intervención de terceros, competencia territorial, sistemas de publicidad y notificaciones, audiencias públicas (Acordada N° 30/2007), *amicus curiae*, entre otras.

La sanción de la ley 26.361 también constituyó un aporte significativo en la evolución de la tutela colectiva, pues perfeccionó en muchos aspectos la ley 24.240 al crear el estatuto del consumidor, reconocer los derechos individuales homogéneos, establecer el mecanismo *fluid recovery* de liquidación colectiva del fallo, admitir al Defensor del Pueblo de la Nación como legitimado procesal⁶⁷, establecer el beneficio de la justicia gratuita, los requisitos de la transacción colectiva, instituir la cosa juzgada *erga omnes ad eventum litis*, entre otras innovaciones legislativas.

Sin embargo, el fallo “Mendoza” no logró el objetivo que inicialmente se había propuesto, esto es, el saneamiento de la cuenca hídrica Matanza – Riachuelo y, como también sucedió con el sonado caso “Verbitsky”,⁶⁸ solo se le reconoce su encumbrado nivel académico y el valorable aporte doctrinario que entrañó,⁶⁹ pero ningún efecto práctico alguno.

⁶⁴ Fallos: 332: 111.

⁶⁵ Lino E. Palacio recuerda que el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica (LA 1994-B-1615) obliga a los Estados adheridos a instituir procedimientos judiciales “proporcionales” a la mayor o menor entidad de las controversias (“pretensiones”) para evitar una virtual denegación del servicio de justicia” (*La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994*, La Ley 1995-D-1243).

⁶⁶ HERRERO, Luis René. *¿Tutelas o pretensiones procesales diferenciadas? Una mirada descarnada y una propuesta diferente sobre una figura jurídica de contornos evanescentes*, JA, Fascículo N°3, 2010 – III, pp. 33 y ss.

⁶⁷ Cualidad atribuida por la Ley Suprema “ius cogen” a dicho órgano extrapoder y que la Corte Suprema restringió en forma inexplicable a partir del caso “*Frías Molina, Nélica Nieves c/ INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad*” 4/1992-F-28-REX 12/09/1996.

⁶⁸ VERBIC, Francisco. *El caso “Mendoza” y la implementación de la sentencia colectiva*, en J.A. 2008-IV-336.

⁶⁹ El maestro Eduardo J. Couture resumía los principios básicos, radicales en torno a los cuales se agrupa toda la experiencia acerca de la función y el cometido del juez, en tres órdenes necesarios: el de la independencia, el de la autoridad y el de la responsabilidad. En cuanto al segundo de ellos, decía lo

La última etapa –la cuarta– de esta trabajosa evolución, que se registra en la tutela colectiva desde la reforma constitucional de 1994, se inicia con el conocido *leading case* “Halabi, Ernesto c/Poder Ejecutivo Nacional. Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/Amparo ley 16.986”,⁷⁰ en el cual el Alto Tribunal de la Nación decidió ocupar el espacio institucional desertado por el legislador –pese a las numerosas exhortaciones previas que le formuló en varios de sus fallos– en lo concerniente a su deber constitucional de “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina” (Artículo 75 inc. 32).

En esta sentencia, la Corte Suprema precisó el alcance del concepto derechos de incidencia colectiva, asimilándolos –de un modo más que opinable– a los otrora denominados intereses difusos⁷¹. También consideró que los derechos individuales homogéneos eran una especie de aquellos (y les fijó pautas adjetivas mínimas); ratificó el alcance *erga omnes* de la sentencia colectiva, reconociendo su fundamento constitucional; prefiguró el presupuesto de “causa, caso o controversia colectiva” con perfiles diferenciados al de las pretensiones individuales; precisó el requisito de representación adecuada por parte del legitimado colectivo, siguiendo el modelo norteamericano de las *class action*; exigió la clara determinación del colectivo o grupo afectado; la carga de enfocar la pretensión sobre las cuestiones comunes y homogéneas; la necesidad de contar con un sistema de comunicación o notificación confiable y segura, el derecho de los miembros del grupo de alejarse de el *ad libitum* (*self-exclusion*), y, por último, exhortó nuevamente al legislador a sancionar una ley reglamentaria sobre esta materia.

Con respecto a los intereses individuales homogéneos, la Corte distinguió en “Halabi” los de índole extrapatrimonial y patrimonial. Dividió en tres categorías los últimos: a) existen obstáculos materiales que tornan “inviable” el reclamo individual por parte de los afectados (p. ej. ausencia de información veraz y adecuada, relación costo-beneficio desfavorable al accionar individual, etc.); b) no se advierten estos obstáculos, por lo que deviene razonable pensar que los titulares de los derechos pueden demandar a título personal; c) existe un fuerte interés estatal en la protección de los derechos de sectores vulnerables de la sociedad, que operaría como excepción a la categoría b).

Este requisito de procedencia de la pretensión colectiva fue acordado por la mayoría integrada por los ministros Lorenzetti, Zaffaroni, Maqueda y Highton de Nolasco, quien se remitió a su voto en el precedente “Defensor del Pueblo de la Nación”⁷², en el cual excluyó de la tutela colectiva a los derechos

siguiente: “Para que sus fallos no sean simples consejos, divagaciones académicas, que el Poder Ejecutivo pueda desatender a su antojo.” (*Introducción al Estudio del Proceso Civil*, Ed. ASTREA, 1978, p. 76.).

⁷⁰ Fallos: 332: 111

⁷¹ Leandro J. Giannini comparte esta objeción, cuando señala que “hay un punto que merece algún reparo y que puede tener consecuencias relevantes a futuro, que debieran ser anticipadas y remediadas. Nos referimos a la utilización exclusiva de la voz ‘derechos de incidencia colectiva’, para referirse a aquellas prerrogativas de objeto indivisible y de uso común. No compartimos dicha exclusividad.” (*Los derechos de incidencia colectiva en el proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)*, DJ05/09/2012,89. Cita Online: AR/DOC/3499/2012).

⁷² CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación – in. decreto 1316/02 c. E.N. – P.E.N. – decretos 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986”, sentencia del 26 de junio de 2007, Fallos: 330: 2800.

individuales homogéneos puramente patrimoniales (que sí reconoce la ley 24.240).

El fallo “Halabi” fue objeto de importantes críticas por parte de la doctrina especializada, no obstante el impacto mediático y la aceptación que tuvo en general. Es que la Corte Suprema estableció por vía pretoriana una serie de requisitos de procedencia de la pretensión colectiva fundada en derechos individuales homogéneos, no previstos en la norma constitucional reglamentada, lo cual pondría en dudas su constitucionalidad ante la posibilidad de que se afectara la garantía de acceso a la justicia –o la tutela judicial efectiva– de importantes sectores de la población.

Repárese que el artículo 43 de la Ley Suprema, que consagra los derechos de incidencia colectiva, agrega seguidamente una expresión bien gráfica (que por alguna razón la consignó). En ella se amplifica –no se limita ni restringe– la extensión del concepto de derecho de incidencia colectiva (en general), y desnuda su claro propósito aperturista y protectorio de la citada garantía fundamental.⁷³

Con respecto a ello, Leandro J. Giannini considera que los derechos individuales homogéneos –objeto de la sentencia– deben ser incluidos en la categoría de los derechos de incidencia colectiva, sin importar que se trate de prerrogativas patrimoniales o no patrimoniales (algo que el Alto Tribunal no ha definido). Tampoco interesa como presupuesto de procedencia de la pretensión –aunque sí para la Corte Suprema– que la cuantía de la lesión individual o la existencia de otros obstáculos materiales de acceso a la justicia impidan materialmente accionar a título individual.⁷⁴

También Francisco Verbic señala que el contenido del fallo presenta diversas inconsistencias, deja planteados numerosos interrogantes y derivaciones no del todo claras.⁷⁵

José María Salgado no es menos drástico en sus objeciones a la taxonomía que formula la Corte en el fallo “Halabi”⁷⁶ con relación a los intereses individuales homogéneos, que luego replicó en otros precedentes.⁷⁷

⁷³ Esta interpretación del texto constitucional sigue los lineamientos de la norma del artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación que, al respecto, establece lo siguiente: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.” A propósito de la garantía que consideramos afectada por esta hermenéutica “mutativa por sustracción-adición” –según Néstor P. Sagües– que formula la Corte con relación a los derechos individuales homogéneos, el Pacto de San José de Costa Rica –que es un tratado sobre derechos humanos del cual la República Argentina forma parte– constituye una de las fuentes de interpretación que el juez debe aplicar. Pues bien, los artículos 8° y 25° de esta Convención consagran las garantías y la protección judicial de todos los habitantes de los países signatarios, especialmente la garantía del libre acceso a la justicia en la cual nos apoyamos para aquilatar la aludida interpretación formulada por el Alto Tribunal de la Nación.

⁷⁴ GIANNINI, Leandro J. *Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)*, DJ 05/09/2012, p. 89. Cita Online: AR/DOC/3499/2012. Agrega este autor que la tesis que sustenta “no sólo busca resguardar a los grupos débiles de todo intento de afectar la protección judicial de sus derechos, sino también evitar sobreexponer a la judicatura a una multiplicación infinita de causas sobre cuestiones comunes y homogéneas, dejando los aspectos individuales de la contienda para ser dirimidos en la fase de liquidación.” (Op. cit.)

⁷⁵ Revista de Derecho Procesal, 2012 –Número extraordinario, “Procesos colectivos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 63.

⁷⁶ SALGADO, José María. *Derechos individuales homogéneos vs. demandas individuales: ¿Vía subsidiarias para sectores vulnerables o materias determinadas?*, LL del 19/06/2015; LL 2015-C, 451.

El autor desmenuza este recaudo en su comentario al fallo de la Corte Suprema pronunciado en la causa “PAMI”,⁷⁸ en el que dos asociaciones se presentaron en defensa de intereses individuales homogéneos de personas discapacitadas, beneficiarias de pensiones no contributivas, que pretendían la cobertura integral del servicio de salud que brinda a sus afiliados la obra social demandada. La Corte reconoció legitimación procesal a las asociaciones actoras y dejó sin efecto la sentencia que había rechazado *in limine* el amparo.

Con relación al recaudo de que el interés individual de los actores no justifique la promoción de una demanda particular, o que exista en el caso un “fuerte interés estatal en la protección de los derechos homogéneos patrimoniales o extrapatrimoniales”, señala Salgado que ambas constituyen premisas que no pueden sostenerse con argumentos válidos. Se pregunta no sin razón si la garantía constitucional de acceso a la justicia puede ser “parcelada” de esta suerte.⁷⁹

También se interroga con ajustado tino: ¿Para qué inundar los tribunales con reclamos similares y desgastar a los operadores en la producción de un sinnúmero de actos procesales idénticos?

En no pocas ocasiones los errados criterios judiciales, sustentados en una hermenéutica irrazonable de las normas jurídicas, provocan ingentes daños a los derechos de las personas y enormes pérdidas al erario público.

El fuero federal de la seguridad social es una prueba cabal de este desatino, pues se halla paralizado desde el año 2013 como consecuencia de centenares de miles de demandas sustentadas en derechos individuales homogéneos de contenido patrimonial, afectados por conductas administrativas lesivas a las garantías constitucionales de millares de jubilados argentinos, consistentes en incumplir sentencias firmes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunciadas en procesos en los que el organismo previsional que incurre en ellas actúa como parte demandada, y en apelar en todos los casos – con fines dilatorios y de manera temeraria y maliciosa– los fallos de los jueces inferiores que las aplican.

⁷⁷ *Ibidem*: CSJN: “Cavaleri, Jorge y otro c/Swiss Medical S.A. s/ Amparo”, Fallos: 335: 1080; “PADEC c/Swiss Medical S.A. P. 361.XLIII”; “Unión Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. – Ley 24.240 y otros s/ Amparo proc. sumarísimo (art. 321 inc. 2º, PCCC)”, U.2.XLV; “Unión de Usuarios y Consumidores c/Telefónica de Argentina S.A. s/Sumarísimo” U.56.XLIV; “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/Ordinario”, C. 1074. XLVI; “Consumidores Financiero Asociación Civil para su defensa c/La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/Ordinario”, C. 519. XLVIII; “Univ Nac de Rosario c/Entre Ríos, Provincia de s/ Amparo (daño ambiental)”, 84/2008 (44-U); “Unión de Usuarios y Consumidores c/Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/Ordinario” 10/2013 (49-U); “Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión S.A. s/Amparo”, M.1145. XLIX; “Kersich, Juan Gabriel y otros c/Agua Bonaerenses S. A. y otros s/Amparo”, 42/2013 (49-K); “Asociación Superficiales de la Patagonia c/Y.P.F. S.A. y otros s/Daño ambiental”, 1274/2003 (39-A); “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/Daños y perjuicios – daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, 1569/2004 40-M) /CS1; “García, José y otro c/PEN y otros s/ Amparo ley 16.986”, 4878/2014/CS1 RSI.

⁷⁸ CSJN, “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, 000721/207 (43-A) /CSI, A.721.XLIII.RHE.

⁷⁹ Con respecto a este llamativo recaudo, Federico M. Álvarez Larrondo señala: “[...] carece de toda lógica sistémica atar la acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos a la ‘minusvalía’ del reclamo, pues tal concepción fomenta las grandes estafas [...] y en definitiva permite lucrar con el quebrantamiento de la ley.” (*Acciones colectivas: El premio a un largo camino recorrido*, LL., 2010-B, 727).

Tales conductas ilícitas se denominan técnicamente “vías de hecho” de la Administración y están contempladas en forma expresa en el art. 9º de la ley 19.549, que, en lo pertinente, reza: “La Administración se abstendrá: a) De comportamientos materiales que importen *vías de hecho administrativas* lesivas de un derecho o garantía constitucionales; [...]”.

En el caso “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Prudencia, Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.”, la clase no estaba integrada por sectores vulnerables de la sociedad, ni existía un fuerte interés estatal en proteger los derechos individuales homogéneos de sus titulares. La Corte juzgó que el interés individual de los actores justificaba la promoción de demandas singulares y confirmó los pronunciamientos desestimatorios de ambas instancias anteriores.⁸⁰

Con el criterio restrictivo que aplica la Corte Suprema en estos supuestos hubiera rechazado –como imagina Salgado, con un dejo de crítica que compartimos– una demanda colectiva análoga, en procura de que se resuelva, en una sola sentencia, los cientos de miles de demandas análogas que se dedujeron como derivación del denominado “corralito financiero”.

No compartimos, en cambio, la fórmula que propone Salgado para desestimar o no la vía colectiva en estos supuestos en que la demanda individual fuese factible.

Sugiere el autor que habría que balancear el grado de “viabilidad de la postulación particular de cada uno de los planteos” con el “grado de variación [o diferenciación] entre las pretensiones individuales” de los integrantes del grupo. Según Salgado, existiría una relación proporcional inversa a la procedencia o improcedencia de la vía colectiva.⁸¹ Es decir, si la posibilidad del reclamo individual fuese alta y baja la variación entre las pretensiones de los integrantes del grupo, considera el autor que la vía colectiva sería admisible; pero si la relación fuese inversa entre ambos factores (baja la primera y alta la segunda), la vía colectiva sería improcedente.

No compartimos la propuesta de este jurista por la misma razón que expusimos al cuestionar la taxonomía restrictiva –o “mutativa por adición sustracción”– que formuló la Corte Suprema sobre el concepto de “derechos de incidencia colectiva en general”.⁸²

⁸⁰ En este juicio los actores pretendían la nulidad de las cláusulas de los contratos de seguro de automotor a cargo de la entidad comercial demandada, en la que se establecen exclusiones de cobertura en razón del vínculo entre el damnificado directo con el asegurado, con el conductor o con el titular registral de la unidad siniestrada; el pago de una suma de dinero a los miembros del colectivo representado (sujetos excluidos) a partir de los diez (10) años anteriores a la demanda y un daño punitivo a sufragar por la demandada a cada uno de los beneficiarios afectados por la exclusión.

⁸¹ En efecto, si ambas magnitudes fuesen “altas”, la vía colectiva sería improcedente, lo contrario sucedería si fuesen “bajas”.

⁸² Como bien señala Maite Herrán en su trabajo “*Los procesos colectivos a la luz del principio in dubio pro actione*” (Revista de Derecho Procesal, 2012 – Número extraordinario, “*Procesos colectivos*”, Ed. Rubinzal – Culzoni, pp. 101 y ss.), el operador jurídico ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (principio *favor libertatis*) de protección de las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicar por analogía de normas restrictivas de derechos. También juega en estos supuestos el principio *pro homine* del derecho internacional de los Derechos Humanos, el cual impele, frente a uno o varios textos normativos que pueden afectar derechos humanos, aplicar siempre el que resulte más favorable al hombre. También destaca el principio “*in dubio pro actione*” en los procesos colectivos (op. cit. p. 111), en virtud del cual advierte que el artículo 43 de la Carta Magna es claramente operativo (PAGÉS LLOVERAS, Roberto M. *Acciones colectivas, de clase y derechos individuales homogéneos*, La Ley 2015-C, 635) y es “es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre

Tanto la posibilidad de que el juez determine, con algún mínimo grado de certeza, la aptitud de la vía individual (demanda) como el grado de variabilidad de las pretensiones particulares para admitir o desestimar la demanda colectiva entrañan valoraciones subjetivas propias del razonamiento judicial, de muy difícil aprehensión u objetivación.

Por nuestra parte, pensamos que cuando la Corte Suprema “sustraer” del texto constitucional la expresión “en general”, que integra el concepto de “derecho de incidencia colectiva”, y en su lugar “adiciona” normas limitativas sobre el derecho que consagra en forma expresa, tales como la “viabilidad de la demanda particular”, el “grado de variación” de los intereses de cada uno de los integrantes del colectivo”, la existencia de un “fuerte interés estatal” para la protección de los mismos, etc., incurre sin más en lo que Néstor P. Sagües denomina “interpretación mutativa por sustracción-adición”. En virtud de ella, el principio de supremacía constitucional sufre una fuerte devaluación y en rigor de verdad –concluye Sagües– “solo hay supremacía del ‘operador-intérprete’ de la Constitución Nacional.”⁸³

Es fácil inferir de esta lectura, ajustada al texto constitucional, que los “derechos individuales homogéneos extrapatrimoniales (“Halabi”) y patrimoniales (demandas de jubilados por reajustes de haberes masivos contra la ANSES, usuarios, consumidores, etc.), constituyen uno de los objetos a los que se refiere el concepto de “derechos de incidencia colectiva en general”⁸⁴ del art. 43 de la Constitución Nacional, por lo cual, disintimos con la postura ambigua que mantiene el Alto Tribunal con respecto a ellos.⁸⁵

En la terminología constitucional –*in claris cesat interpretatio*–, solo es menester detectar el hilo conductor –que no es otro que un mismo padecimiento replicado en un grupo o clase de personas, que responde a una causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos del

la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular” (op. cit. p. 113) por lo que “en caso de duda ante la procedencia de la acción colectiva, resulta de entera aplicación el principio *in dubio pro actione*, pues el propio texto constitucional autoriza el ejercicio de las acciones apropiadas para la defensa de intereses colectivos con prescindencia de las figuras expresamente diseñadas en él o en las normas procesales vigentes” (Op. cit. p. 114).

⁸³ SAGÜES, Néstor P. *Crisis de la Supremacía Constitucional*, Ed. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ed. Driskill S.A., pp. 115 y ss.

⁸⁴ Reiteramos en este lugar el contenido de una nota anterior por su adecuación al párrafo anotado. “El filósofo Francisco Romero señala al respecto lo siguiente: “El concepto es un elemento lógico que se refiere a un objeto que lo representa en el plano del pensamiento; hay en él referencias ideales a las notas del objeto, y estas referencias no son sino una especial manera de tomarlas en consideración, de contar con ellas [...] Todo concepto tiene ‘contenido’ y lo componen las referencias mediante las cuales el concepto expone su objeto, las constancias mentales que en el concepto responden a las notas constitutivas del objeto [...] la ‘extensión’ de un concepto depende de los objetos que un concepto comprende [...] el número mayor o menor de objetos que comprende.” (*Lógica e Introducción a la problemática filosófica*, Ed. Losada, 1983, pp. 38 y ss.)”.

⁸⁵ Leandro J. Giannini., coincidiendo con esta mirada, señala al respecto lo siguiente: “Según hemos explicado, los derechos individuales homogéneos también son derechos de incidencia colectiva, pese a que su objeto sea divisible. La indivisibilidad no es una nota definitoria de la aludida categoría constitucional, por lo que reservar tal denominación solo para los derechos tradicionalmente llamados ‘difusos’, importa debilitar notablemente la noción de marras.” (*Los derechos de incidencia colectiva en el proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)*, DJ 05/09/2012,89. Cita Online: AR/DOC/3499/2012).

grupo incidido– que la Constitución Nacional apoda “incidencia colectiva”⁸⁶, para admitir o desestimar la vía colectiva.⁸⁷

Y si seguimos esta senda de análisis –que respeta à *outrance* la letra y el espíritu del texto constitucional– no podemos cerrar los ojos a una realidad insoslayable: los derechos de incidencia colectiva –cuya lesión reconoce una causa fáctica o normativa común– integran el concepto de “derechos de incidencia colectiva”.⁸⁸

III. Dos discusiones bizantinas y una duda común todavía no zanjada en los encumbrados estrados del Alto Tribunal de la Nación: ¿La protección del artículo 43 de la Ley Suprema alcanza a los “derechos individuales homogéneos de contenido patrimonial”? ¿El Defensor del Pueblo de la Nación reviste legitimación procesal para representar en juicio a un colectivo incidido por una causa fáctica o normativa común que provoca una lesión a estos derechos subjetivos patrimoniales homogéneos?

Dos sentencias conexas –*leading cases*– del año 2002 y 2003 brindaron una respuesta positiva a ambos interrogantes y además fueron cumplidas por el Poder Ejecutivo Nacional, para beneplácito del amplísimo sector social representado a la sazón por el Defensor del Pueblo de la Nación (jubilados y

⁸⁶ Para el *Diccionario de la Real Academia Española*, la tercera acepción del verbo intransitivo “incidir” significa: “repercutir: causar efecto una cosa en otra”. Ergo, cuando los derechos de un colectivo o sector social son afectados o dañados por un acto, hecho o conducta dañosa de un agente exógenos, puede decirse que para el lenguaje constitucional deben ser tipificados como “derechos de incidencia colectiva” que admiten una demanda de tal naturaleza, legitiman la actuación procesal de los sujetos autorizados por ella y habilitan el dictado de una sentencia *erga omnes*, que en un solo expediente resuelva el conflicto colectivo que originó el proceso. En síntesis, a la viabilidad del planteo colectivo no lo determina la variación de las pretensiones de los integrantes del grupo, sino el grado de incidencia o repercusión que sobre todos ellos tiene el acto, conducta o hecho dañoso del agente exógeno.

⁸⁷ Néstor P. Sagües señala que “los operadores de la Constitución deben satisfacer tanto la letra como el espíritu de la Constitución, vale decir, a su techo ideológico.” A su entender, “la supremacía constitucional, en una palabra, tiene por objeto afirmar el testamento político del Poder Constituyente; y tiene también por meta impedir que los poderes constituidos salgan de los márgenes diseñados por el constituyente.” Aclara más adelante que este principio cardinal puede ser “torpedeado” a través de lo que se denomina “interpretación mutativa” de la Constitución Nacional: “La interpretación ‘mutativa’ de la Constitución –destaca– deja intacto al texto constitucional, pero cambia su contenido. Puede operar en tres sentidos: a) por ‘adición’ (sumando al texto constitucional algún otro precepto); b) por ‘sustracción’ (restándole al documento constitucional alguna directriz o regla); c) por ‘sustracción-adición’ (también llamada mutación ‘mixta’) cosa que ocurre cuando el intérprete quita algo al mensaje constitucional (vacíándolo pues) y en su lugar incorpora otra norma.” Por nuestra parte, pensamos que cuando la Corte Suprema sustrae del texto constitucional la expresión “en general” que integra el concepto de derecho de incidencia colectiva, y en su lugar adiciona normas limitativas sobre el derecho que consagra, tales como la “viabilidad de la demanda particular”, el “grado de variación” de los intereses de cada uno de los integrantes del colectivo”, la existencia de un “fuerte interés estatal” para su protección, etc., incurre en lo que este reputado constitucionalista denomina “interpretación mutativa por sustracción-adición”, con lo cual el principio de supremacía constitucional sufre una fuerte devaluación y en rigor de verdad –concluye– “en tales supuestos solo hay supremacía del operador-intérprete de la Constitución Nacional.” (*Crisis de la Supremacía Constitucional*, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ed. Driskill S.A., pp. 115 y ss.).

⁸⁸ Postura que también comparte Leandro J. Giannini, cuando señala: “Si se entiende como ha sido postulado previamente, que la categoría constitucional de los “derechos de incidencia colectiva” incluye expresamente a las hipótesis de lesión pluriindividual divisible y de origen común (derechos individuales homogéneos), el legislador no podrá sino reconocer que esa forma de enjuiciamiento está amparada por la legitimación extraordinaria contemplada en el art. 4, 2º parte, de la Constitución Nacional.” (*Los derechos de incidencia colectiva en el proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)*, DJ 05/09/2012,89; Cita Online: AR/DOC/3499/2012).

pensionados del régimen nacional contributivo y beneficiarios de asignaciones familiares).

Por un lado, está la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2002 “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional s/ amparos y sumarísimos”⁸⁹. En esta sentencia, la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social declaró por mayoría inconstitucional el art. 10 de la ley 25.453, que había dispuesto un descuento del 13 % en los haberes de los jubilados y pensionados del régimen previsional público de reparto y de los beneficiarios del régimen de asignaciones familiares, por razones de emergencia económica.

También reconoció por mayoría “legitimación procesal” al Defensor del Pueblo de la Nación para defender ante la justicia los “intereses individuales homogéneos con base patrimonial” de los jubilados y pensionados argentinos, estatus jurídico que el Alto Tribunal de la Nación todavía no le reconoció desde la sentencia “Frías Molina, Nélica Nieves c/I.N.P.S. – Caja Nacional de Previsión para el personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad”, de fecha 10 de septiembre de 1996.

Este *leading case* fue cumplido en forma casi inmediata por el Poder Ejecutivo Nacional –hecho inédito en la historiografía judicial argentina– mediante el decreto el 1819/2002, de fecha 12 de septiembre de este año (B.O. 13/09/2002), que al respecto dispuso lo siguiente: “[...] a partir del día 1° de enero de 2003 las retribuciones del personal del Sector Público Nacional y beneficios previsionales serán íntegramente abonados sin la reducción ordenada por el Decreto N° 896/2001.” Asimismo, ordenó restituir lo descontado en “títulos públicos” en la forma y modalidades que determine la Ley de Presupuesto.

No obstante ello, la sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 11 de noviembre de 2003 en base a la doctrina “Frías Molina”, pese a que –como quedó dicho y merece ser repetido– fue cumplida a los tres (3) días de pronunciada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003.

Con fecha 28 de mayo de 2003 la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social dictó una segunda sentencia colectiva (complementaria de la anterior), en la causa caratulada “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional s/ amparos y sumarísimos.”

El tribunal declaró inconstitucional el segundo párrafo del artículo 1 del decreto 1819/2002 que, como se señaló, había dispuesto reintegrar en “títulos públicos” lo retenido por el descuento del 13 % y no en “efectivo” o en moneda del curso legal, como lo había ordenado la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2002.

El Alto Tribunal de la Nación confirmó este fallo el 30 de septiembre de 2008, luego de verificar que el Estado Nacional demandado había dispuesto restituir en efectivo los montos incautados mediante las resoluciones administrativas N° 8/03, N° 521/04 y resolución de la ANSES N° 201/05. Consideró que lo decidido por el Estado Nacional “[...] había restado actualidad a la lesión constitucional invocada en el presente amparo.”

⁸⁹ LL 2002-F -322; cit. Rivas Adolfo A. *Poderes fiscales y garantías constitucionales. A propósito de la postura de la Corte Suprema frente al derecho de defensa en juicio esgrimido por asociaciones*, Lexis Nexis – Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 24 de diciembre de 2003, página38 nota n°3.

En el primer amparo colectivo mencionado, el Defensor del Pueblo de la Nación planteó la inconstitucionalidad del art. 34, párrafo cuarto, de la ley 24.156, conforme la sustitución y, por ende, la modificación dispuesta por el art. 10 de la ley 25.453, en la sección en la que dispuso lo siguiente: "[...] si los recursos presupuestarios estimados no fueren suficientes para atender a la totalidad de los créditos presupuestarios previstos, se reducirán proporcionalmente, entre otros rubros, las asignaciones familiares, jubilaciones y pensiones, así como aquellas transferencias que los organismos y entidades receptoras utilicen para el pago de dichos conceptos".

Solicitó también que, de hacerse lugar al amparo, se condene al Estado demandado a restituir a los actores los importes que hubieran dejado de percibir como consecuencia de la aplicación de las disposiciones legales impugnadas.

La acción de amparo interpuesta tenía por objeto –según el accionante– proteger los derechos de incidencia colectiva [o, más precisamente, los intereses individuales homogéneos] de todas las personas afectadas por la reducción de las asignaciones familiares y las jubilaciones y pensiones, dispuesta por la ley 25.453.

Puntualizó el accionante que los derechos de incidencia colectiva no se agotan en la protección del medio ambiente, de los discriminados, usuarios, consumidores, etc., sino también incluyen una cuarta categoría de orden general, aquella que se configura cuando toda la comunidad, o alguno de los sectores que la integran, se identifica en términos de titularidad de derechos con cada uno de sus integrantes.

Luego de formular diversas consideraciones vinculadas a la naturaleza y función del órgano que representa y al alcance de los derechos cuya defensa la Constitución le ha encomendado, el órgano extrapoder destacó que la ley que tacha de inconstitucional conculca la garantía de movilidad de los haberes previsionales al disponer reducciones que no vienen más que a detraer del bolsillo de los jubilados y pensionados (bastante disminuidos por cierto) sumas dinerarias cuyo *quantum* no fue determinado la propia ley, y cuyo límite temporal tampoco fue fijado.

No ignoraba el órgano extrapoder las razones de emergencia que obligaron al Gobierno Nacional a adoptar medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales de la población. Sin embargo, recordaba que, como lo dispuso la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Peralta, Luis Arcenio y otro c/Estado Nacional",⁹⁰ ello debía ser a condición de que no se frustraran ni suprimieran las garantías constitucionales que tutelaban el derecho de propiedad de las personas.

Recordaba también que el Alto Tribunal en el caso "Guida Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público"⁹¹ legitimó la quita salarial dispuesta por el decreto 290/95, precisamente porque "no ordenó reducciones en las asignaciones familiares ni en las jubilaciones y pensiones y fijó un límite temporal a las quitas dispuestas a nivel general". La ley 25.453, por el contrario, dispuso reducciones que quedaban libradas a circunstancias aleatorias y discrecionales, como la recaudación fiscal y el nivel del gasto público.

⁹⁰ v. "Mrio. de Economía BCRA s/ amparo", Fallos: 313:1513.

⁹¹ v. Fallos: 323: 1566.

Pues bien, como surge de las constancias de autos, la *quaestio iuris* en esta causa se centra –básicamente– en la legitimación procesal del Defensor del Pueblo de la Nación para accionar en defensa de los derechos de incidencia colectiva del sector social que representa –según él– por mandato constitucional [en el caso, intereses individuales homogéneos] lo cual se torna insoslayable para la determinación de la existencia de “caso, causa o controversia judicial” en los términos del artículo 2° de la ley 27, presupuesto de admisibilidad de cualquier planteo ante la justicia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha exigido puntillosamente en todos los casos.⁹²

Cabe formular la siguiente pregunta: ¿Revisten incidencia colectiva los derechos afectados por la quita legal que impugna el Defensor del Pueblo de la Nación?

A primera vista pareciera que la respuesta debería ser negativa a la luz de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado precedente "Frias Molina, Nélica Nieves c/ Instituto Nacional de Previsión Social s/ reajuste por movilidad" (sentencia del 12/09/96), en el cual rechazó la presentación del Defensor del Pueblo de la Nación por considerar que "carece de competencia para formular exhortaciones al tribunal sobre causas en trámite".

Sin embargo, a poco que se repare en la sustancial diferencia de objeto y de materia que existe entre la causa "Frias Molina" y la presente, fuerza concluir que la pretensión recursiva del actor debe tener acogida favorable, más allá de la severa crítica que mereció aquella contundente decisión del Alto Tribunal de la Nación por parte de la doctrina constitucional más representativa.⁹³ El art. 43 de la Constitución Nacional reconoce legitimación *ope legis* al Defensor del Pueblo de la Nación para interponer la pretensión de amparo en salvaguarda de los derechos de incidencia colectiva "en general", en forma concurrente con el "afectado" o las "asociaciones que propendan a esos fines", según el caso.

Del citado texto constitucional infiere el Dr. Agustín Gordillo que el propio afectado puede actuar en un doble carácter, defendiendo tanto su propio derecho subjetivo como el derecho de incidencia colectiva.⁹⁴

Señala también este autor que en supuestos en que el afectado fuere renuente a defender sus derechos subjetivos o no tuviese los medios suficientes para hacerlo, e interesa al orden jurídico que la lesión a determinadas circunstancias jurídicas individuales no quede sin corrección (lo que las transforma entonces en generales o colectivas), la citada norma

⁹² En la reciente sentencia “Abarca, Walter José y otro c/ Estado Nacional –Ministerio de Energía y Minería y otro ley 16.986”, de fecha 6 de septiembre de 2016, el Alto Tribunal puntualizó en el Considerando 12° lo siguiente: “Que ello es así, toda vez que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal de los actores constituye, según jurisprudencia del Tribunal (Fallos: 322: 528;323:4098), un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el Tribunal”.

⁹³ v. QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia*, LL 1995-D-1059; id. Bidart Campos, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, Ed. EDIAR, T. III, p. 329.

⁹⁴ v. "Fernández Raúl c/Poder Ejecutivo Nacional", CNCont. Adm. Fed. Sala IV, LL, 1995-E-535; "Schroder, Juan c/Estado Nacional -Secretaría de Recursos Naturales", id. Sala III, LL. 1994-E-449; "Labatón, Ester Adriana c/Estado Nacional -Poder Judicial de la Nación- s/amparo", id. Sala V, Sentencia del 25/09/96, entre muchos otros.

también le reconoce legitimación para obrar a las asociaciones de usuarios y al Defensor del Pueblo de la Nación.⁹⁵

Entonces, el problema no radica en determinar el carácter excluyente o concurrente que ostenta la legitimación constitucional del Defensor del Pueblo de la Nación –porque ya la Constitución dispuso que es concurrente– sino en establecer si el derecho que procura amparar el actor es de incidencia colectiva "en general" –como lo exige la Constitución Nacional– o simplemente se trata de un derecho subjetivo o interés legítimo individual, sin repercusión social, colectiva o grupal.

Si la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación dependiese de que ningún afectado en particular estuviese legitimado (como lo entiende la Corte en el considerando 5° del caso "Frías Molina"), es de presumir que el formidable clípeo institucional que montó el constituyente en defensa de los derechos colectivos quede reducido a un rimerero de palabras vacías de contenido y carentes de eficacia jurídica.

Es por ello que no coincidimos con el Dr. Rodolfo C. Barra cuando señala –luego de destacar que "la clave del pensamiento de la Corte se encuentra en la frase: habida cuenta de las particularidades de cada una de las pretensiones formuladas por los beneficiarios [...]– lo siguiente: "Si todos los agraviados son 'afectados' (siquiera por la inminencia del agravio) todos ellos pueden accionar y por lo tanto no es el caso contemplado por la norma constitucional citada. Si, junto con la ligazón existe por lo menos un 'incidido' por el agravio que no se encuentra 'afectado' y por lo tanto no está legitimado, se aplicará la disposición del art. 43 y quedará habilitada la legitimación del Defensor y de la asociación de protección, de oficio o a petición de aquel incidido no legitimado."⁹⁶

La distinción que formula el citado administrativista no surge del texto constitucional –con el debido respeto académico que me merece su opinión– ni el razonamiento que conduce a ella sigue un orden lógico adecuado a las exigencias del discurso (*ubi ex non distinguít, nec nos distinguere debenms*).

Por el contrario, debe ponerse el foco no sobre los reales o potenciales legitimados que la Constitución ya ha nominado expresamente, como quedó dicho, sino sobre las distintas especies de derechos que operan en cada caso. Solo los que revisten incidencia colectiva están en condiciones de legitimar la actuación del Defensor del Pueblo de la Nación.

Pues bien, en la tarea de indagar la existencia de este derecho, el criterio que presidirá la faena decisoria tendrá análogo alcance que el que aplicó la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social en el precedente "Carrió, Elisa y otros c/Poder Ejecutivo Nacional -Dto. 1306/2000 s/incidente"⁹⁷:

El ensanchamiento de la legitimación procesal es una consecuencia natural de la modernización del derecho y, ciertamente, de la vigencia autoaplicativa de los tratados sobre derechos humanos concluidos con otras naciones u organizaciones internacionales, los

⁹⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ra. Ed., Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998 T. II, "La defensa del usuario y del administrado", pp. 21 y 22.

⁹⁶ BARRA, Rodolfo C. *Los derechos de incidencia colectiva en la primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia*, comentario al fallo "Frías Molina, Nélica Nieves", ED, t. 169, pp. 437 y ss.

⁹⁷ Expte. N° 10.758/2001, Sent. Int. n°51951, de fecha 31/05/2001; publicado L.L. T. 2001-F-94, con nota de Andrés Gil Domínguez: "La legitimación procesal de los legisladores: una brisa renovadora que proviene de una jurisdicción constitucional activa y comprometida".

cuales reconocen el *libre acceso a la jurisdicción* como condición necesaria para el efectivo goce y ejercicio de los derechos que consagran.

Ahora bien, y como se señaló más arriba, la pretensión del Defensor del Pueblo de la Nación tiene por objeto proteger los derechos de incidencia colectiva de todos aquellos afectados por la reducción de las asignaciones familiares y jubilaciones y pensiones, dispuesta por la ley 25.453.

La pregunta que hay que formular –como se señalara recién– sigue sin respuesta: ¿El acto legislativo impugnado afecta derechos de incidencia colectiva o simples derechos subjetivos de particulares?

Si el Defensor del Pueblo de la Nación tiene legitimación indiscutida para impugnar un acto u omisión de autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta

derechos de incidencia colectiva de carácter *patrimonial* (por ejemplo, cuando de tales actos se derivan injustificados aumentos de tarifas en los servicios públicos, impuestos, precios de los combustibles, aportes a las entidades de medicina prepaga, etc.), no se explica que se le niegue la misma legitimación para obrar cuando dichos actos –manifiestamente ilegales o arbitrarios– afectan *derechos sociales* que inciden de manera directa sobre un sector importante de la sociedad en el que –al igual que en los supuestos señalados– cada uno de sus componentes –es decir, jubilados, pensionados y beneficiarios de asignaciones familiares– podría accionar "*iuro proprio*" como "*afectado directo*

con solo proponérselo.

Las añejas categorías –señala el Profesor Gordillo– han perdido fuerza ante la creación superadora del texto constitucional (es decir, interés simple, legítimo, intereses difusos, etc.), que al autorizar expresamente la defensa judicial del derecho de incidencia colectiva comprende eficazmente tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos. Se puede, pues, defender simultáneamente tanto el derecho subjetivo como el derecho de incidencia colectiva, y la sentencia tendrá efectos individuales en los demás casos iguales al que motivó la acción –"Labatón", "Viceconte", etc. –.⁹⁸

El profesor Quiroga Lavié señala muy bien que lo colectivo se configura tanto por el objeto único e indivisible materia de la prestación, o del bien objeto del goce (caso del medio ambiente), como por el acto único, administrativo o no, generador de perjuicios individualizables y divisibles sufridos por sus respectivos titulares.⁹⁹

Si la norma del art. 10 de la ley 25.453 dispone una quita del 13 % sobre los haberes previsionales y asignaciones familiares de un sector importante de la sociedad: ¿Cómo puede afirmarse que los derechos en que se funda el amparista no revisten incidencia colectiva? No se diga de nuevo que el afectado es el único que tiene legitimación para obrar en procura de la tutela de "su" derecho subjetivo conculcado y no el Defensor del Pueblo de la Nación.

Bidart Campos respondería a esta objeción señalando que la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación no inhibe ni margina la que también incumbe a la parte que –en virtud del art. 43– dispone de su propia legitimación subjetiva, "por lo que a la del Defensor del Pueblo, a la del

⁹⁸ GORDILLO, Agustín. Op. cit., p. 21.

⁹⁹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *El amparo colectivo*, Ed. Rubinzal - Culzoni, p. 132.

afectado o de la víctima, y a la de las asociaciones, las damos por *compartidas* y no por excluyentes recíprocamente". Es que para el citado maestro del Derecho Constitucional argentino: "Por su legitimación procesal, el Defensor del Pueblo está en condiciones de facilitar el acceso a la justicia de muchas personas que, por diversidad de causas (falta de recursos, desinterés, ignorancia, apatía, etc.), nunca promoverían un proceso judicial".¹⁰⁰

Cuando las empresas prestatarias de servicios públicos, entes reguladores o el propio Estado Nacional lesionan derechos de los usuarios mediante actos u omisiones manifiestamente arbitrarios o ilegales, cabe el mismo reproche constitucional que cuando el Estado Nacional, en forma irrazonable e ilegal, disminuye los haberes previsionales y las asignaciones familiares de sus beneficiarios –las empresas aumentan las tarifas afectando el derecho de propiedad de los usuarios; el Estado rebaja las prestaciones afectando el derecho de propiedad de los jubilados–).

En ambos supuestos –ciertamente– solo varían los componentes de una relación jurídica cuyo entramado permanece inmutable.

No se puede dudar, entonces, que los agravios que ocasiona la quita legal revisten –como señala el Profesor Barra– naturaleza expansiva, ya que inciden de manera directa sobre los haberes del colectivo de jubilados, pensionados y titulares de asignaciones familiares alcanzados por ella, en abierta contradicción –por otra parte– con la garantía de la movilidad que consagra el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional (pues la rebaja solo comprende al sector que sobrepasa el piso establecido *ad libitum* por el poder administrador, afectando el nivel de vida de las personas que lo integran y el principio de proporcionalidad del haber).

De ello se deriva –en un primer análisis– que el Defensor del Pueblo de la Nación está constitucionalmente legitimado en esta causa para interponer esta pretensión de amparo contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 10, 14 y 15 de la ley 25.453, en salvaguardia de los derechos de incidencia colectiva afectados por las mismas (CN, art. 43, párr. 2do.)

En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 25.453 (reducción del 13 % de los haberes de un sector de jubilados y pensionado del sistema nacional de previsión), en los autos "Premio, Reynaldo Osmar c/ ANSES s/amparos y sumarisimos" (Sentencia N° 88102 del 29/04/02), la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, mediante el voto individual de sus integrantes y coincidiendo en la solución de fondo, declaró la inconstitucionalidad de la referida norma legal, ordenó la suspensión inmediata de la quita y la devolución de lo retenido a su titular, con costas al Estado Nacional, por lo que –*brevitatis causae*– nos remitimos a los fundamentos allí expresados, haciéndole saber a las partes que las copias de los citados precedentes se hallan a su disposición en Mesa de Entradas del Tribunal.

La convicción en la apuntada vulneración constitucional del dispositivo del art. 10 de la ley 25.453 se ve acrecentada en la medida en que la tacia ha sido expresamente receptada por la Corte Suprema de Justicia en autos "Tobar, Leónidas", sentencia del 22 de agosto de 2002¹⁰¹.

¹⁰⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, Ed. EDIAR, 1997, T. III pp. 427 y ss.; *ibídem.* GCLLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, 2da. Edición, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2001, pp 578 y ss.

¹⁰¹ La Ley, Suplemento Especial del 27 de agosto de 2002, p. 1.

Si bien es cierto que el Alto Tribunal abordó centralmente la temática de la incidencia del recorte del 13 % desde el campo del contrato de empleo público, no menos lo es el hecho de que los argumentos esgrimidos por la mayoría para llegar a la descalificación constitucional de él se basan en la falta de límites temporales y materiales del mecanismo estructurado por el art. 10 del cuerpo legal ya citado (cfr., considerandos 13° y 15° del voto mayoritario), razonamiento que alcanza por igual a trabajadores estatales y a jubilados.

Al quedar saldada esta discusión en sede del más Alto Tribunal, sobresale una ilegalidad constitucional del precepto que influye decisivamente en los legitimados activos para su cuestionamiento. Si la disposición deviene repugnante por razones constitucionales generales, no se advierte el motivo – como lo señalamos recién– por el cual se niega a un funcionario una legitimación que la Constitución Nacional expresamente reconoce en dos normas (art. 43, segundo párr. y art. 86).

Es en este sentido que cabe hacer la distinción respecto de derechos patrimoniales a la que nos referimos más arriba. Aquí está mucho más en juego –en virtud del citado pronunciamiento del Alto Tribunal– la famosa "incidencia colectiva" que requiere la Carta Magna. Tal como ha afirmado la doctrina: "Obviamente, el derecho al reajuste o a la primera liquidación es una situación existencial particularizada que habrá que dilucidar a la luz de las evidencias colectadas en cada expediente. Empero, el derecho al cobro del reajuste o al cobro de la primera liquidación tiene efectos cancelatorios, negatorios o frustratorios de incidencia colectiva que ameritan ser explotados al abrigo de la normativa constitucional vigente"¹⁰².

Esta paridad de sufrimiento (en el caso, recorte uniforme de 13 % para el colectivo de jubilados que gane más de \$500) hace que una situación patrimonial adquiera un claro perfil de incidencia colectiva, y se tornan por ello –reiteramos una vez más– inaplicables las consideraciones vertidas en la causa "Frías Molina", que sirviera de sustento al pronunciamiento de grado.

Carecería de todo sentido que el derecho judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiera reconocido legitimación colectiva a diversas organizaciones no gubernamentales¹⁰³, para venir ahora a desconocérsela nada más ni nada menos que al Defensor del Pueblo de la Nación.

IV. Código Civil y Comercial de la Nación: ¿Protección o ablación?

A través del decreto 191/2011 el Poder Ejecutivo Nacional creó una Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación, integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, acorde a la reforma constitucional de 1994 y a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos incorporados a nuestro derecho interno.

Recordemos que la Constitución reformada durante ese año incorporó a su texto nuevos derechos de naturaleza pluripersonal o supraindividual, cuya titularidad corresponde a una pluralidad de personas, en forma indistinta o

¹⁰² CARNOTA, Walter F. *El amparo colectivo previsional*, D.T. 1995-B-2148.

¹⁰³ v. "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional– s/ amparo ley 16.986", Sentencia del 1° de junio de 2000; Fallos: 323: 1339; "ibídem": "Mignone, Emilio Fermín s/promueve acción de amparo", sentencia del 9 de abril de 2002, Fallos: 325: 524, entre muchos otros.

alternativa, como integrantes de un grupo, clase, categoría o sector social: derechos a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, a la preservación del patrimonio natural, cultural, a la diversidad biológica, a la información y educación ambientales, de consumidores y usuarios de bienes y servicios a la protección de la salud, seguridad, a la información adecuada y veraz, a la libertad de elección, a condiciones de trato equilibrado y digno, contra toda forma de discriminación, *así como* a los derechos de incidencia colectiva en general (C.N. arts. 41 y 43).

A veces, el constituyente coloca el foco en el bien indivisible e inmaterial objeto del goce (ambiente sano, patrimonio natural y cultural, información educación ambientales, seguridad¹⁰⁴), otras veces en la persona de sus titulares (usuarios, consumidores, pueblos originarios, etc.).

a) Anteproyecto originario de la Comisión Redactora:

El texto originario del anteproyecto de la Comisión Redactora, establecía en el inciso b del art. 14 –luego amputado por el Poder Ejecutivo Nacional– lo siguiente:

Los derechos individuales homogéneos, que son derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, en los que existe una pluralidad de afectados particulares, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común.¹⁰⁵

En el inciso c contemplaba los derechos de incidencia colectiva, indivisibles y de uso común (medio ambiente, competencia, usuarios y consumidores), para cuya defensa reconocía legitimación procesal al afectado, al Defensor del Pueblo de la Nación, a las asociaciones registradas y a otros sujetos que establezcan las leyes especiales.

La versión originaria de la norma proyectada en torno a los derechos individuales homogéneos implicó un salto cualitativo de relevancia para la consolidación del sistema colectivo de protección de los derechos de tercera generación, pues se agotaba en el ámbito civil la discusión en torno a la procedencia de las pretensiones colectivas sustentadas en derechos individuales homogéneos patrimoniales, como erróneamente venían sosteniendo algunos fallos a partir de una lectura errada de “Halabi”.¹⁰⁶

Esta normativa no fue receptada –lamentablemente– por el Poder Ejecutivo Nacional, pues eliminó toda referencia a los derechos individuales homogéneos en el proyecto que en definitiva quedó plasmado en la ley 26.994 (B.O. 08/10/2014).

¹⁰⁴ La ley 24.946, reglamentaria del artículo 120 de la Constitución Nacional, declara otros derechos indivisibles o supraindividuales tales como: derechos al patrimonio social, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, cuya salvaguarda o custodia pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal (deber que jamás cumplió).

¹⁰⁵ Este artículo compatibilizaba con el artículo 1746 –que también fue objeto de ablación por parte del Poder Ejecutivo Nacional– que disponía que los daños a los derechos individuales homogéneos se configuraban “cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o proveniente de una causa común, fáctica o jurídica.” También en esta norma se reconocía legitimación procesal al afectado, al Defensor del Pueblo de la Nación y a las asociaciones habilitadas al efecto.

¹⁰⁶ C.Nac. de Apel. en lo Com. Sala B in re “*Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c. Citibank NA s/ ordinario*”, sentencia del 21/10/09; idem. “*Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Argos Compañía Argentina de Seguros Generales S. A. s/ ordinario*”, sentencia del 03/11/2012, publ. En La Ley del 17/05/2012, p. 7, entre muchos otros.

También fue objeto de ablación el opinable ápice procesal frustratorio – oriundo de la doctrina del Alto Tribunal de la Nación¹⁰⁷ –, que exigía como presupuesto de procedencia de la demanda colectiva la acreditación del estándar de predominio de las cuestiones comunes y la superioridad del debate en clave colectiva.

Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos –rezaba la norma mutada– es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares, o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados (art. 1747 del anteproyecto).

El texto del anteproyecto de la Comisión Redactora también fijó pautas procesales mínimas para los procesos por daños a derechos colectivos o a intereses individuales homogéneos; reconoció legitimación *ope legis* para accionar por daño a estos derechos a diversos sujetos (arts. 1745 y 1746); estableció condiciones de admisibilidad de la acción colectiva (art. 1747) y precisó el alcances subjetivo *erga omnes* de la cosa juzgada (art. 1748).¹⁰⁸

Mabel de los Santos destaca el acierto de estas previsiones, pues considera con razón que “se evitarán así largos y costosos conflictos interjurisdiccionales, atentatorios de los derechos fundamentales de acceso a la jurisdicción y a la tutela efectiva.”¹⁰⁹

El artículo 240 del anteproyecto prescribía –hasta su supresión por el Poder Ejecutivo– que

los sujetos mencionados en el artículo 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en las discusiones sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

Asimismo, el anteproyecto de la Comisión Redactora estableció una “sanción pecuniaria disuasiva” en el artículo 1714 contra el que actúe con “grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva contemplados en el art. 14 inciso c” (difusos). De los fundamentos del proyecto se desprende que “un sujeto puede iniciar un pleito reclamando el resarcimiento de daños individuales y pedir la aplicación de la sanción, o sólo esto último.”

Con la eliminación de esta pena pecuniaria disuasiva por parte del proyecto del Poder Ejecutivo, referida solo a los derechos indivisibles o

¹⁰⁷ Consideramos opinable este condicionamiento –esto es, la superioridad de la vía colectiva sobre otras posibles por la misma razón– por la que no coincidíamos con otros condicionamientos análogos: “La eventualidad que el juez determina con algún mínimo grado de certeza –decíamos más arriba– la aptitud de la vía individual (demanda), o el grado de variabilidad de las pretensiones particulares para admitir o rechazar la demanda colectiva, entrañan valoraciones subjetivas propias del razonamiento judicial de muy difícil aprehensión u objetivación.”

¹⁰⁸ La Comisión Redactora aplicó las directrices procesales de “Halabi” (Fallos: 332:111), de la ley 25.675 (de reformas a la Ley General del Ambiente), y en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Caracas, el 28 de febrero de 2004.

¹⁰⁹ DE LOS SANTOS, Mabel Alicia. *Los procesos colectivos en el Anteproyecto*, LL 2012-C- 1374.

supraindividuales, podría inferirse que en su redacción actual¹¹⁰ la norma permitiría aplicar esta sanción en cualquiera de los supuestos de derechos de incidencia colectiva contemplados por el Alto Tribunal en el precedente “Halabi”.

Lamentablemente el Poder Ejecutivo Nacional, de manera poco menos que incomprensible por el contenido reaccionario y regresivo de las mutaciones que practicó al anteproyecto de la Comisión Redactora,¹¹¹ impidió de manera inopinada y sin explicación alguna¹¹² que estas reformas de avanzada se materializaran.¹¹³

b) Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional:

El Poder Ejecutivo Nacional redujo a su mínima expresión el artículo 14 del Código Civil y Comercial. En dos incisos reconoce solo dos tipos de derecho: a) individuales; b) de incidencia colectiva. Eliminó –como lo señalamos recién– toda referencia a los derechos individuales homogéneos.

Por ende, quedó la incertidumbre –pobre fruto de la faena legislativa– si los derechos individuales homogéneos no son reconocidos por el nuevo Código Civil y Comercial, o si a partir de su redacción actual, integran la noción de derechos de incidencia colectiva en general, del artículo 43 de la Constitución Nacional.

En cualquiera de estos supuestos, la certeza se esfumaría y la densa niebla que la cubre –corolario de la deficiente técnica legislativa empleada– ocultaría el mensaje de la norma. En efecto, si la primera de las opciones sugeridas fuese correcta, cabría preguntarse no sin razón: ¿La doctrina “Halabi”, entonces, quedaría desautorizada y los intereses individuales homogéneos pasarían a fojas cero?

Si, por el contrario, la segunda de las alternativas fuese acertada, la duda también persistiría con relación a los intereses homogéneos que revisten base patrimonial, aspecto no dilucidado en el citado fallo “Halabi” ni en los que le siguieron.¹¹⁴

¹¹⁰ Artículo 1714: “Si la aplicación de las condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.”

¹¹¹ Privando a la sociedad (o al “pueblo” de la Nación, como se suele afirmar en clave demagógica) de un instrumento de protección insustituible frente al poder omnímodo del Estado y de las grandes corporaciones. Verdaderamente inexplicable. Queda demostrado de esta suerte que el perfil progresista y de izquierda queregonaba a los cuatro vientos el Gobierno anterior –en el ámbito interno y en su alineamiento internacional– era apenas una fachada; una cáscara vacía.

¹¹² VERBIC, Francisco, “Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *RCyS 2013-IV 58*, último párrafo del capítulo VIII (*Algunas reflexiones a modo de conclusión*).

¹¹³ Leandro J. Giannini alertaba en el año 2012 sobre el peligro de que estas mutaciones se concretaran: “No es un dato menor que, ni más ni menos que el Código Civil y Comercial (que contiene buena parte de las normas sustantivas que sirven de sustento fondal de las pretensiones de defensa de derechos individuales homogéneos) se adopte una visión restrictiva de la noción de derechos de incidencia colectiva.”

¹¹⁴ Aunque surgiría del mensaje de elevación del Proyecto del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, de fecha 6 de junio de 2012 –pero no del plexo normativo sancionado– que los “intereses individuales homogéneos” habitan el área de protección del nuevo código civil, cuando señala lo siguiente: “En materia de responsabilidad civil, el Proyecto resulta innovador al articular los diferentes tipos de derechos: aquellos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los “derechos individuales homogéneos” y los derechos de incidencia colectiva, con las funciones preventiva, punitiva y resarcitoria”. Leandro J. Giannini, con suma agudeza, plantea la disyuntiva de que lo dicho en el mensaje demostraría que el legislador incluyó dentro del concepto de “derechos colectivos” del inciso b) del

También el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional mutiló ciertos principios nucleares en materia de daño colectivo,¹¹⁵ la mención de los sujetos legitimados para reclamarlos, la demostración de la superioridad de la vía colectiva sobre el trámite individual, la aptitud suficiente de los legitimados para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos, los presupuestos de admisibilidad para el reconocimiento de la legitimación en los procesos por daños a ambos tipos de derechos¹¹⁶ y el alcance *erga omnes* de la cosa juzgada en los procesos colectivos referidos a “derechos individuales homogéneos” (*secundum eventum litis*).¹¹⁷

Todas estas directivas formaban parte de los artículos 1745 a 1748 del proyecto de la Comisión Redactora –que reproducimos con fines didácticos en las notas precedentes– cuya fuente directa fue el artículo 43 de la Constitución Nacional.

V. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ocupa el espacio desertado por el legislador

artículo 14° a los intereses individuales homogéneos, o que directamente incurrió en una inadvertencia o error, al pasar por alto la ablación que practicó en los artículos 14 y 1746 y ss. del Código Civil (*Los derechos de incidencia colectiva en el proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)*, DJ 05/09/2012, 89; Cita Online: AR/DOC/3499/2012).

¹¹⁵ Artículo 1745: “Daños a los ‘derechos de incidencia colectiva’. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada. Están legitimados para accionar: a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional; d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales; e) el Ministerio Público Fiscal y la Defensa.”

Artículo 1746: “Daños a ‘derechos individuales homogéneos’. Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños: a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.”

¹¹⁶ Artículo 1747: “Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a ‘derechos de incidencia colectiva’ o ‘individuales homogéneos’, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados.”

¹¹⁷ Artículo 1748: “Alcance de la ‘cosa juzgada’. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace ‘cosa juzgada’ y tiene efecto ‘*erga omnes*’ comunes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado.”

La amputación practicada por el Poder Ejecutivo Nacional de todas las disposiciones sobre responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva e intereses individuales homogéneos –y los institutos procesales complementarios a ella– que había incorporado la Comisión Redactora impulsó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación –frente al ominoso vacío legislativo operado– a dictar la Acordada N° 12/2016, que las reprodujo casi íntegramente.¹¹⁸

El Alto Tribunal pretendió, en más de una oportunidad, remover la modorra del legislador con relación a su deber constitucional de regular mediante una ley los procesos colectivos contemplados en la Constitución Nacional reformada en 1994.¹¹⁹

Jamás pudo lograr este objetivo. Es más, cuando el Congreso de la Nación tuvo en sus manos la inmejorable oportunidad de hacerlo, la ley 26.994 (B.O. del 08/10/2014) eliminó en forma inopinada –como se señaló más arriba– las minuciosas disposiciones normativas incorporadas a los artículos 14 y 1745 al 1748 por la Comisión Redactora sobre la protección procesal de los derechos y bienes colectivos, con lo cual se mantuvo el vacío legal en esta materia, de incuestionable linaje constitucional, largamente objetado por la doctrina y la jurisprudencia.

Frente a esta inexorable realidad (o vacío legal), que se arrastra desde la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación – dos años antes de la acordada 12/2016– se había anticipado al magro resultado que iba a lograr el diseño protectorio pergeñado por la Comisión Redactora, y con fecha de 1 de octubre de 2014 dictó la Acordada N° 32/2014 que instituyó el Registro Público de Procesos Colectivos y reglamentó otros aspectos de esta tutela diferenciada sobre los derechos de tercera generación.

Recordó en los fundamentos de la Acordada 32/2014 lo expresado en su sentencia, con fecha 23 de septiembre de 2014, de la causa “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo”. En ella, había advertido sobre el incremento de las causas colectivas con idéntico o similar objeto, provenientes de diferentes tribunales del país, y la gravedad institucional y el escándalo jurídico que implicaría la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias. También destacó su declarado propósito de favorecer el acceso a la justicia, razones por las cuales estimó necesario en este fallo la creación de un Registro de Acciones Colectivas, en el cual debían inscribirse todos los procesos de que tengan por objeto “bienes colectivos” o la tutela de “intereses individuales homogéneos”, en trámite en todos los tribunales del país.

¹¹⁸ José María Salgado señala que “esta ‘omisión imperturbable’ del legislador legitima, antes que autoriza, a la Corte para avanzar en el desarrollo del proceso colectivo [...] El silencio mantenido por más de dos décadas en la legislación, es la peor solución [...]” (*La Corte Suprema aprueba un reglamento de actuación en procesos colectivos*, Diario DPI N° 68 del 11 de abril de 2016); idem: Berra, Elizabeth, *Cometario a la acordada 12/2016 (C.S.J.N.)*, ADLA2016-12, 66. Francisco Verbic, en cambio, considera que esta acordada reglamentaria es de “discutible constitucionalidad”, pero indudablemente “necesaria y útil” (*Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema*, La Ley, 18/05/2016, p. 1).

¹¹⁹ “Halabi, Ernesto c. PEN ley 25.873 y decreto 1563/03 s/ amparo” (La Ley Online); “PADEC c. Swiss Medical S.A.” (La Ley Online); “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ amparo” (La Ley Online). Este fallo –que hizo hincapié también en la necesidad de crear un Registro de Procesos Colectivos– originó la Acordada N° 32/2014 que lo instituyó.

En sucesivos incisos reglamentó, en forma minuciosa, el procedimiento de inscripción a cargo del tribunal de radicación, como también los requisitos de admisibilidad de la demanda colectiva que el juez debe examinar en forma previa y luego comunicar al Registro.¹²⁰ Luego, regula el procedimiento que deberán seguir las autoridades del Registro y que concluirá con la inscripción del proceso y de las resoluciones ulteriores dictadas durante su desarrollo (p. ej. desplazamiento de la radicación de la causa, modificación del representante de la clase, alteración en la integración del colectivo, modificación o levantamiento de medidas cautelares o de tutela anticipada, acuerdos homologados, sentencias definitivas, entre otras).

Los múltiples problemas denunciados en los fundamentos de la Acordada N° 32/2014 subsistieron, por lo que el Alto Tribunal consideró necesario avanzar sobre aspectos más delicados de la tutela colectiva de indudable relevancia para lograr su eficacia, evitar el dispendio jurisdiccional, el riesgo de sentencias contradictorias, la economía procesal y en definitiva una mejor prestación del servicio de justicia.

Pues bien, con fecha 5 de abril de 2016 dictó la Acordada N° 12/2016 en la cual precisó diversas reglas para la tramitación de este tipo de procesos¹²¹, y destacó una vez más que

la insuficiencia normativa no empece a que, con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables de prelación para que se eviten pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico (punto 7°, párrafo 2°).

En el punto resolutivo primero aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, en el segundo dispuso que los tribunales nacionales y federales comprendidos en la Acordada N° 32/2014 deberían ajustar su actuación a lo decidido en ella, y en el tercero invitó a los superiores tribunales de justicia de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios con la Corte, a efectos de compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos.

El capítulo II del Reglamento, luego de remitirse al artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, establece en tres apartados diez requisitos de admisibilidad de la demanda. El primero (que consta de dos incisos) se refiere los procesos colectivos que tengan por objeto bienes

¹²⁰ Capítulo 4°: Inciso a) Nombre y domicilio de las partes y de los letrados intervinientes; b) Identificación de la clase involucrada en el caso colectivo mediante una descripción sucinta, clara y precisa; c) Identificación del objeto de la pretensión, mediante una descripción sucinta, clara y precisa del bien colectivo de que se trata o, en caso de intereses individuales, de la causa fáctica o normativa homogénea y del elemento colectivo que sustenta el reclamo; d) Que se ha dado intervención al Ministerio Público Fiscal en virtud de lo previsto en los artículos 25, inciso a) y 41 de la ley 24.946.

¹²¹ Excluye los procesos ambientales que se inicien en los términos de la ley 25.657 y los procesos colectivos que involucren derechos de personas privadas de su libertad o se vinculen con procesos penales. Francisco Verbic y Matías A. Sucunza critican esta exclusión –“carece de justificación”, señalan– ya que la propia acordada establece requisitos referidos a bienes colectivos y la ley 25.675 no establece ningún recaudo para la demanda ambiental (“*Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema*”, La Ley, 18/05/2016). La Corte Suprema en la causa “*Cejas Meliara, Ariel s/Habeas corpus*” (sentencia del 05/04/2016), rechazó un habeas corpus colectivo con el argumento que: “La especial naturaleza de este remedio exige la adopción de un cierto criterio de admisibilidad en el que las exigencias formales no supongan un obstáculo para que la Corte Suprema se pronuncie respecto de la posible violación de los derechos fundamentales que la acción está llamada a tutelar.”

colectivos; el segundo (tres incisos), a los procesos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos y el tercero (cinco incisos), comprende a ambas subespecies de derechos de incidencia colectiva.

Los recaudos comunes de admisibilidad para ambos tipos de pretensiones colectivas son los siguientes: a) carga de identificar el colectivo involucrado en el caso; b) justificar la adecuada representación; c) indicar, si correspondiere, los datos de la Inscripción en el Registro Nacional de Asociación de Consumidores; c) denunciar con carácter de declaración jurada si se han iniciado otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza a la afectación de los derechos de incidencia colectiva, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentra radicada y estado procesal; d) consulta previa al R.P.P.C. sobre la existencia de otros procesos análogos.

Como es sabido, nuestro sistema procesal está dominado por el principio de sustanciación, el cual exige una descripción detallada y precisa de los hechos que sirven de causa a la pretensión esgrimida por el actor (art. 330 inc. 4 del C.P.C.C.N.).

De esta exposición de los hechos surgirá el objeto del proceso. Del modo en que estén relatados tales hechos, aparecerá la existencia o no de un proceso en clave colectiva y su especie¹²², a saber: sobre bienes colectivos (transindividuales e indivisibles), o sobre intereses individuales homogéneos (divisibles y comunes), en cuyo caso la pretensión deberá focalizarse –según el Reglamento aprobado por esta acordada– en la incidencia colectiva del derecho (primer supuesto), o en los efectos comunes de la afectación, (segundo supuesto), evitando incurrir en planteos relacionados a situaciones particulares de los miembros del grupo.¹²³

El proceso colectivo reviste carácter excepcional, pues implica una limitación a la autonomía individual de los sujetos afectados (ya no podrán escoger si llevar o no adelante su caso en sede judicial, con qué abogado hacerlo, cómo presentar sus argumentos, etc.); una redefinición de la idea clásica del debido proceso (que exige que toda persona debe tener “su día en el tribunal”); descansa sobre la “ficción” de considerar presente en el proceso al que está ausente a través de un legitimado que él no eligió (atípico gestor de intereses ajenos) (“Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente acordada de la Corte Suprema”, publicado en La Ley del 17/07/2016. Cita online: AR/DOC/1275/2016).

El Reglamento le otorga amplios poderes al juez del proceso colectivo. Prueba de ello es lo dispuesto en el capítulo XII de la Acordada N° 12/2016: “En acciones que deben tramitar por vía de amparo, procesos sumarísimos o

¹²² Augusto Mario Morello señala muy bien que “el fenómeno colectivo se presenta como una avenida de doble mano, cuyos carriles corresponde diferenciar para matizar sus pertinentes campos operativos y las técnicas con que han de abordarlos” (*El proceso civil colectivo*, J.A. 1993-I-861). Es decir, que ante una misma afectación de algún derecho colectivo pueden surgir dos pretensiones distintas: una de incidencia colectiva y la otra particular, individual.

¹²³ En el precedente “*PADEC c/ Swiss Medical*”, el ministro Enrique Petracchi expresó que el diferente impacto económico que puede generarse sobre los miembros del grupo, considerados en forma individual, resulta inherente a esta forma de asuntos y no incide en lograr un enjuiciamiento común del caso colectivo. De esta suerte, se podría deducir una pretensión colectiva y posteriormente –por la vía que corresponda– cada miembro del grupo beneficiado por la sentencia podrá percibir sus acreencias particulares en la etapa de ejecución. Esta aclaración la emitió la Corte en otros precedentes, el último de los cuales fue “*Unión de Consumidores de Argentina c. CTIPCS S.A. s/ sumarísimo*”.

cualquier otro tipo de proceso especial, los jueces adoptarán de oficio las medidas adecuadas a fin de no desnaturalizar este tipo de proceso.”

El capítulo III regula una serie de actos previos al traslado de la demanda, tendientes a dejar constancia en el Registro Público de Procesos Colectivos el proceso iniciado, como asimismo a fijar la competencia del tribunal que debe conocer en él.

Cuando se hubiere cumplido con el minucioso requisito de la inscripción en el R.P.P.C., el juez dará curso a la pretensión, correrá traslado de la demanda. Una vez contestada o vencido el plazo para hacerlo, conjuntamente con la resolución de las excepciones previas y antes de la audiencia del art. 360, dictará una resolución que establecerá la “certificación de la clase”, tópico central de todo proceso colectivo, según Javier H. Wajtraub¹²⁴. En ella, el juez puede reformular la propuesta del actor, redefiniéndola, ampliando o reduciendo sus contornos, mantener o modificar lo resuelto oportunamente en función de la información aportada por en la contestación de demanda.

A partir de este momento, el juez debe mantener actualizado el Registro y proporcionarle toda la información relevante que se vaya produciendo en la causa, como la notificación de la resolución de certificación de la clase, modificación en la representación del colectivo, alteración del colectivo, traba, modificación o levantamiento de medidas cautelares, homologación de acuerdos, etc. Para Verbic, es el momento adecuado para que el juez determine “los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, al fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses”. Por la naturaleza de los bienes involucrados y los efectos expansivos de la sentencia en este tipo de procesos, el juez deberá adoptar con celeridad todas las medidas que fueren necesarias a fin de ordenar el procedimiento.¹²⁵

Un capítulo fundamental que tiene que ver, centralmente, con la protección procesal de los bienes y derechos colectivos –tema nuclear de esta investigación– se encuentra constituido por las escuetas normas que le dedica, lamentablemente, la Acordada N° 12/2016, apartado X, a las medidas cautelares colectivas. Al menos, el esforzado legislador sustituto las reconoció –pudo no haberlo hecho– pero evidentemente fue muy avaro en fijar su contenido, alcance y linderos,¹²⁶ si se reparara en la trascendencia y complejidad de los derechos colectivos e individuales en juego, frente a la polémica ley de cautelares contra el Estado N° 26.854,¹²⁷ entre otros ápices potencialmente frustratorios a su operatividad y eficacia.

Conclusión

¹²⁴ cf. *Un avance concreto para el establecimiento de reglas de juego apropiadas*, La Ley, 27/04/2016.

¹²⁵ Acordada 12/2016, apartado VIII inciso II y apartado XI del Reglamento.

¹²⁶ Solo se ocupa de regular las aristas formales de este formidable instrumento protectorio como, por ejemplo, inscribir las medidas que se dicten en un proceso no inscripto en forma inmediata en el Registro Público de Procesos Colectivos, aplicación de las reglas de prevención, etc.

¹²⁷ Francisco Verbic y Matías Sucunza acotan que esta acordada “solo trae prescripciones vinculadas con las aristas formales de estas pretensiones precautorias.” (*Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente acordada de la Corte Suprema*, La Ley, 18/05/2016).

La doctrina emergente de esta investigación se cimenta en las siguientes diecisiete tesis, que se desarrollaron y fundaron en forma exhaustiva a lo largo de este capítulo:

1. El proceso colectivo actual –emanación de la garantía fundamental de la cual se nutre: el debido proceso legal– se halla de hogaño en pleno tránsito entre el sistema procesal decimonónico, que todavía perdura en sus componentes esenciales –trabado en su lento recorrido por infinidad de hiatos, gibas y baches–, y el que reclama la sociedad moderna y todavía se halla en agua de borrajas.

2. Los noveles titulares de derechos colectivos carecen de un proceso específico y proporcional a la naturaleza de la pretensión colectiva que la Constitución Nacional les reconoció en la reforma constitucional de 1994; grave mora legislativa que compromete la responsabilidad internacional de la República Argentina.

3. El predominio del discurso formalista e insustancial de prosapia decimonónica, sobre una visión sustantivista del derecho, que domina en la mayoría de los operadores jurídicos, es la cabal demostración que el difícil tránsito de un sistema hacia el otro no se ha concretado.

4. Si el debate todavía se centra en la comprensión y extensión del concepto de legitimación colectiva, cosa juzgada *erga omnes*, o, peor aún, sobre el alcance filológico o hermenéutico del enunciado “derechos de incidencia colectiva en general” que plasma con toda claridad el texto constitucional, ello también demuestra que tampoco se ha superado el cartabón normativista o lógico-positivista –flor y nata del *ancien régime*– que denunció hace más cien años el jurista francés Francisco Genny.

5. Cuando corren peligro cierto de sufrir daños irreparables “el ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes”, el derecho de consumidores y usuarios de bienes y servicios, el derecho a la protección de la salud, los intereses individuales homogéneos de sectores vulnerables de la sociedad, etc., la discusión retórica o la hermenéutica bizantina sobre figuras de tinte ritual, cuyo principal cometido es la aplicación del derecho material al caso concreto y no su frustración, importan un cerrojo infranqueable, cuando no un claro cercenamiento, para el libre acceso a la justicia de las personas afectadas o legitimadas colectivamente por la Ley Suprema.

6. La discutible mixtura que se operó en materia de tutela colectiva entre la normativa clásica (plasmada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, diseñado por el legislador diligente para la resolución de conflictos privados entre partes simples o múltiples, pero no colectivas) y el derecho procesal moderno (representado, en nuestro país, por las nuevas directivas de los artículos 41, 42 y 43 de la Carta Magna, la ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, la ley General del Ambiente N° 25.675 y las Acordadas de la CSJN N° 32/2014 y N° 12/2016) resulta a todas luces negativa para la oportuna y efectiva protección o tutela de los bienes y derechos colectivos que consagra la Constitución Nacional.

7. Si bien la legitimación procesal en defensa de los derechos y bienes colectivos logró inserción constitucional *lato sensu* –lo que representa un logro de enorme trascendencia para el sistema de protección de los derechos colectivos– y los sujetos legitimados que los titularizan fueron nominados con precisión en su texto, las normas que la reglamentaron fueron avaras en la

definición y vagas en la delimitación del contorno de la figura, lo cual trajo aparejado una retahíla de fallos desestimatorios apuntocados en argumentos oriundos del antiguo régimen. Se aplican a la legitimación colectiva de justiciables grupales como “el sello al lacre” –al decir de Guillermo Borda– los presupuestos de la figura homóloga, propia de los litigantes individuales del proceso adversarial común.

8. El fallo “Halabi” fue objeto de importantes críticas por parte de la doctrina especializada, no obstante el impacto mediático y la aceptación que obtuvo de la población en general. Es que la Corte Suprema de Justicia, al establecer por vía pretoriana una serie presupuestos de procedencia de la pretensión colectiva fundada en derechos individuales homogéneos, no previstos en las normas constitucionales reglamentadas, podría poner en dudas su constitucionalidad ante la posible afectación de la garantía de acceso a la justicia de importantes sectores de la población.

9. El artículo 43 de la Ley Suprema, luego de consagrar los derechos de incidencia colectiva, agrega a renglón seguido una expresión bien gráfica (que por alguna razón la consignó), que amplifica –no restringe ni cercena– la extensión de este concepto de linaje constitucional (en general), y desnuda el claro propósito aperturista y protectorio de la tutela procesal diferenciada que dispensa.

10. Tanto la posibilidad que el juez determine con algún mínimo grado de certeza la aptitud de la vía individual (demanda), o el grado de variabilidad de las pretensiones particulares para admitir o desestimar la pretensión colectiva, entrañan meras valoraciones subjetivas propias del razonamiento judicial de muy difícil aprehensión u objetivación y carentes de toda certeza jurídica.

11. Por nuestra parte, pensamos que cuando la Corte Suprema sustrae del texto constitucional la expresión “en general”, que integra el concepto de “derecho de incidencia colectiva” y en su lugar adiciona normas limitativas sobre el derecho que consagra en forma expresa, tales como la “viabilidad de la demanda particular”, el “grado de variación” de los intereses de cada uno de los integrantes del colectivo”, la existencia de un “fuerte interés estatal” para la protección de los mismos, etc. incurre en lo que Néstor P. Sagües denomina “interpretación mutativa por sustracción-adición”, ocasión en la que el principio de supremacía constitucional sufre una fuerte devaluación y en rigor de verdad –concluye este reputado constitucionalista– “solo hay supremacía del *operador-intérprete* de la Constitución Nacional.”

12. En la terminología constitucional –*in claris cesat interpretatio*– solo es menester detectar el hilo conductor –que no es otro que un mismo padecimiento replicado en un grupo o clase de personas– que la Constitución Nacional denomina “incidencia colectiva”, para admitir o desestimar la vía grupal.

13. La versión originaria de la norma proyectada por la Comisión Reformadora designada por el Poder Ejecutivo Nacional, en torno a los “derechos individuales homogéneos”, implicó un salto cualitativo y un visible progreso para la consolidación del sistema colectivo de protección de los derechos de tercera y cuarta generación, pues su reconocimiento de índole legal agotaba en el ámbito civil la discusión sobre a la procedencia de las pretensiones colectivas sustentadas en derechos individuales homogéneos patrimoniales, como erróneamente lo venían negando algunos fallos a partir de una lectura errada del precedente “Halabi”.

14. Lamentablemente, el Poder Ejecutivo Nacional, de manera poco menos que incomprensible por el contenido reaccionario y regresivo de las mutaciones que practicó al anteproyecto de la Comisión Redactora, impidió de manera inopinada y sin explicación alguna que estas reformas de avanzada se materializaran.

15. La amputación, practicada por el Poder Ejecutivo Nacional, de todas las disposiciones sobre responsabilidad por daños a los derechos de incidencia colectiva e intereses individuales homogéneos –y los institutos procesales complementarios y afines a ellas que había incorporado la Comisión Redactora– impulsó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente al ominoso vacío legislativo operado, a dictar la Acordada N° 12/2016, que las reprodujo casi íntegramente (como antes lo había hecho la Acordada N° 16/2016 para cubrir otros vacíos legales).

16. Sorprenden al operador menos avisado las escasas normas que la Acordada N° 12/2016, apartado X, les dedicó a las medidas cautelares colectivas. El legislador sustituto fue avaro en precisar su contenido, alcance y linderos, si se repara en la enorme trascendencia que reviste este fenomenal instrumento de protección de los derechos de tercera generación en tránsito por el proceso.

17. *Last but not least*: la escasa voluntad que exhibió el legislador al reglamentar los nuevos derechos colectivos que consagró la Constitución Nacional en 1994 –de la que no son ajenos los silentes restantes poderes responsables por no activar esta iniciativa parlamentaria– se exhibe, traslúcida, en el hecho, verificable por los sentidos, de que una norma constitucional de tal enjundia y trascendencia institucional fuera reglamentada por dos acordadas del Alto Tribunal, y no por una ley del Congreso de la Nación.