

**XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal
San Juan, 12, 13 y 14 de septiembre de 2019.-**

**Ponencia General de la Comisión: “Sistemas de Resolución de
conflictos masivos”**

Las formas del litigio colectivo y su reflejo en la estructura procesal

María Carlota Ucin*

I.- Introducción

El proceso y, consiguientemente, el Derecho Procesal deben ser pensados desde una lógica de servicio hacia las diferentes parcelas del Derecho sustancial al que se vinculan, sin que ello importe medrar su autonomía conceptual o teórica. Esta reconocida relación de instrumentalidad permite afirmar que tanto más perfecto y eficaz será un sistema procesal, cuanto más se adapte, sin incoherencias ni discrepancias, a las particularidades del Derecho fondal con el que se articula.¹

Esta relación, aparece acentuada en el último tiempo, a partir de los desarrollos conceptuales que se han dado a la garantía convencional de la “tutela judicial efectiva”. Con fundamento en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se reconoce la obligación de los Estados parte de dicho instrumento, de garantizar el derecho de toda persona a un recurso “sencillo” y “rápido” o a cualquier “otro recurso efectivo” ante los jueces o tribunales competentes. Remedio que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, la ley o dicha Convención, aun cuando tal violación fuera cometida por personas que

*Doctora en Derecho (UBA), Máster en Argumentación Jurídica (U. de Alicante) y Esp. en Derecho Procesal Profundizado (U. Notarial Argentina). Dirige la Revista de Interés Público (ReDIP) de la FCJS de la UNLP, es Profesora Adjunta ordinaria (por concurso) de Derecho Procesal Civil en la FCJS de la UNLP, docente en la Maestría en Derecho Procesal (UNLP) y Prof. Titular en la Universidad de Palermo. Se desempeña, además, como Relatora de la Procuración General de la SCBA. Contacto: carlota.ucin@gmail.com

*Agradezco a Alejo J. Giles la lectura atenta y los agudos comentarios a un borrador de la presente ponencia.

¹En relación con la instrumentalidad se ha dicho: “Es sabido que el derecho, en la actualidad, no puede apartarse de la realidad. Las normas procesales relativas al derecho de acción, especialmente en razón de su naturaleza instrumental, no pueden desvincularse de los distintos casos concretos y, desde esta perspectiva, deben verse a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.”Marinoni, LuizGuilherme, *El derecho de acción como derecho fundamental*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2015, p109. Enel mismo sentido, también: Cappelletti, Mauro, *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969, p. 5; Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, Editora Revista dos tribunais, São Paulo, Brasil, 1987.

actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. De la coordinación de las dos normas referidas, surge la condición de que dicho recurso sea respetuoso, además, de las reglas del debido proceso legal.²

Pero la efectividad no puede ser entendida como sinónimo de celeridad, pues como es lógico pensar, en algunos supuestos la efectividad estará anudada al tratamiento adecuado de la complejidad del asunto discutido. Esto aventa, entonces, toda posibilidad de resolver asuntos complejos con rapidez. Así, en aquellos casos en que por la mayor complejidad del objeto o del remedio requerido, fuera necesario más tiempo para la tramitación de la acción o mayor debate sobre los hechos o la determinación de las cuestiones normativas, el recurso ya no debería ser rápido y sencillo sino “efectivo”, en el sentido de ser apropiado a dicha complejidad.³

Desde este marco teórico, la presente ponencia presentará una categorización posible del litigio colectivo. Se piensa así, antes en el litigio que en el proceso, por la señalada adecuación que debe existir entre este último y la realidad a la que sirve. Garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva nos impone entonces, volver sobre la idea de la instrumentalidad del Derecho Procesal, viendo esta propiedad a su mejor luz. Comprender las particularidades del tipo de conflicto y, por ello, del litigio que se presenta ante la jurisdicción habrá de orientar los lineamientos que deben seguir las reformas que regulen los procesos en que se encaucen estos planteos.

² Cfr. Corte IDH, Casos: “Velázquez Rodríguez” (párr. 91) y “Godínez Cruz” (párr. 93) y “Fairén Garbí y Solís Corrales” (párr. 90), todos contra el Estado de Nicaragua, sentencia sobre las Excepciones preliminares, de fecha 26-VI -1987. En igual sentido, la Opinión Consultiva OC 9-9/87, del 6-X-1987, acerca de las “Garantías judiciales en Estados de Emergencia” (arts. 27.2, 25 y 8 de la CADH). Su párr. 24 expresamente reza: *“los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.”*

³ Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Sept. 2007, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, párr. 250, disponible en línea: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescindice.sp.htm> (acceso: mayo de 2019).

Aquí se sustentará la tesis de que existe una diferencia fundamental entre el Litigio de Interés Público y aquél que se orienta de manera exclusiva hacia el reclamo de daños masivos. También, que dichas diferencias se habrán de replicar en la estructura procesal, dando origen a dos formas procesales de tipo colectivo diversas. Para fundamentar esta postura dedicaré el siguiente apartado a la distinción de estas dos formas de litigio colectivo. Luego, en el apartado III, desarrollaré dos estructuras procesales alternativas y acordes con cada una de aquéllas. Por último, se dejarán expuestas algunas ideas que permitan propiciar el debate en este foro (ap. IV).

II.- Categorías de conflictos masivos

Entre las formas que puede adoptar el litigio de matriz colectiva, podemos advertir la existencia de dos grandes categorías. Para exponer la distinción se toman como elementos relevantes: a) el tipo de derecho de incidencia colectiva que se tutela; b) las relaciones sustantivas que habrán de llevarse al pleito y parangonarse con la trama subjetiva de la litis; c) la naturaleza de la representación colectiva; d) el objeto prevalente de la pretensión; e) los fundamentos del tratamiento colectivo de los reclamos y f) el impacto social esperado a partir de cada forma de litigio.

Así, a grandes rasgos se puede anticipar que habrá, de un lado, procesos guiados por el Interés Público, que busquen alguna medida de reforma estructural y de otro, procesos que persigan una reparación económica fundada en un acto que reviste algún tipo de ilicitud. Llamaré a los primeros “*procesos colectivos guiados por el Interés Público*” y a los segundos, “*procesos colectivos de tipo resarcitorio*”.⁴A continuación desarrollaré cada uno de los

⁴Estas categorías aparecen recogidas en la doctrina, distinguiendo aquellos procesos que se orientan a la *reparación económica o compensatoria del daño* y aquellos que, en cambio, persiguen la *reforma o modificación de ciertas conductas*, por lo que se dice que se orientan políticamente. Taruffo, Michele, *Some Remarks on group litigation in comparative perspective*, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11:405 (p 407), véase también: *Notes on collective protection of rights*, publicado en: *Procesos Colectivos*, I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, Junio 2012, pp 23-30. Cappelletti distingue también estas dos categorías, aunque elige un término confuso al identificar a las pretensiones de tipo resarcitorio. A éstas, las refiere como “*class actions*” a secas y las distingue de las acciones de Interés Público (“*public interest actions*”). Cappelletti, Mauro, *Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: a comparative study*, publicado en *Access to justice. Promising institutions*, Vol. 2, Book 2, Part five,

señalados ejes y sobre ellos, las particularidades de cada una de las categorías de litigio colectivo indicadas.

a) El tipo de derecho de incidencia colectiva que se tutela

El litigio que encarna los *procesos colectivos guiados por el Interés Público* se vincula estrechamente con la tutela de los derechos de tipo colectivo (así por ejemplo los DESC, que van de la mano de la conformación de colectivos en el seno de la sociedad) y los difusos.

Estos últimos, derechos de tercera generación, buscan la tutela de bienes de pertenencia difusa.⁵ Estos bienes públicos resultan indivisibles y por ello no pueden ser apropiables individualmente. Esta propiedad impone, de manera “necesaria”, una tutela judicial fundada en la solidaridad. Por ello, su defensa, más allá de mirar el interés individual de quien la lleve adelante, intenta proteger el interés que comparte con sus otros titulares y también el que pudiera corresponder a las generaciones futuras.⁶

Algo semejante sucede con la tutela de derechos que son reconocidos a los individuos en tanto integrantes de un grupo con caracteres jurídicamente relevantes (mujeres, niños, adultos mayores, e.o.). La discusión encarada en términos puramente individuales resulta disruptiva y tensiona con la lógica que inspira el reconocimiento de estos derechos. Es por estos motivos que estos litigios deben provocar una discusión allende los intereses puramente individuales.

El tratamiento del litigio en términos meta-individuales, en cambio, no resulta “necesario” para la segunda forma de litigio. Los *procesos colectivos de tipo resarcitorio* se vinculan generalmente con la tutela de los derechos civiles o

Giuffrè – Sijthoff, 1979, pp 767-865 (832-833).

⁵ Derechos, éstos apoyados generalmente en la idea de la solidaridad social, pero que recaen especialmente sobre bienes que, en su carácter indivisible reconocen la titularidad en todos y cada uno de los ciudadanos. Aunque en ningún caso de manera exclusiva. Ejemplos de esta categoría serían aquellos litigios cuyo objeto fuera la protección del medioambiente, bienes culturales de patrimonio común o la defensa en sí, del Interés Público entendido como bien abstracto.

⁶Esto es lo que sucede cuando se tutela el medioambiente, pues más allá de los derechos (individuales o sociales) que también puedan verse afectados a partir de la contaminación ambiental, el mismo en tanto bien indivisible, se tutela a favor de todos sus titulares, actuales y también futuros.

políticos (primera generación de derechos). Estos derechos, por lo general, resultan suficientemente abastecidos, con un enfoque individual y divisible de los reclamos. Sin perjuicio del dato “contingente” de que sea adecuado, por razones de economía procesal y seguridad jurídica, dar tratamiento colectivo (i.e. conjunto) a reclamos que se repiten de manera masiva y homogénea.⁷ Esta categoría, se vincula con los derechos individuales homogéneos (DIH), tal como los ha definido la Corte Suprema de manera constante a partir del caso Halabi.⁸

Por ello, salvo que con su planteo judicial importara una crítica del *statu quo* y un intento de reforma estructural, su planteamiento en clave colectiva resume, siempre, un reclamo basado en intereses patrimoniales particulares de los litigantes que se asocian en una empresa común.

b) La trama subjetiva de la litis

El Litigio de Interés Público, tal como ya se anticipó, se vincula con la protección de bienes indivisibles, como es el medioambiente o el patrimonio

⁷Se impone aclarar que no hay impedimento teórico ni práctico para que haya reclamos guiados por el Interés Público pero que tutelen derechos de la primera generación (civiles y políticos). Sería el caso de un proceso que tutela los derechos de los consumidores pero que persiga, de modo directo o indirecto, el cambio en una práctica comercial ilegítima, incidiendo entonces sobre el Interés Público. O también, la judicialización estructural de las condiciones para el ejercicio del sufragio, en personas privadas de su libertad o en poblaciones determinadas con dificultades de acceso, como podrían serlo ciertos pueblos originarios, ubicados en emplazamientos aislados. Tampoco existe óbice para reclamar daños sufridos individualmente como consecuencia refleja de la lesión de bienes colectivos (por ejemplo, el ambiente). Esta aparente contradicción con la distinción propuesta en el texto no es tal. En los primeros, el efecto sobre las prácticas comerciales muestra un claro ejemplo de litigio de Interés Público, que no se orienta al resarcimiento sino al cambio de un estado de cosas o una práctica. Sea éste el objeto principal o accesorio de dicho proceso. En cuanto al segundo ejemplo, los procesos tutelan libertades individuales, pero a partir de la pertenencia de ciertas personas a un colectivo (grupos vulnerables, detenidos, pueblos originarios) lo que entonces, nos remite a la idea de los “derechos colectivos” *stricto sensu* (tutela de los derechos de las personas en razón de su pertenencia a determinado colectivo). En el último caso, en cambio, se trata de la obtención de un resarcimiento individual y patrimonial que sólo guarda una conexión refleja con el daño al bien colectivo.

⁸Categoría que más allá de su avance en el Derecho Comparado (como es el caso del Derecho de Defensa del Consumidor en Brasil) puede verse reconocida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en: “*Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04*”, 24/02/2009, Fallos 332:111, LL 2009-B (157), ED 2009-03-25 (3); “*Cavallieri, Jorge y otro c. Swiss Medical S.A.*”, 26/06/2012, RCyS 2012-VIII, 169, ED 09/08/2012, “*PADEC c. Swiss Medical S.A.*”, 21/08/2013, LL 2013-E (290); “*Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. Ley 24.240 y otros/ amparo proceso sumarísimo (art.321 Inc.2 C.P.C.y.C.)*”, 06/03/2014, LL 2014-C (559); “*Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario*”, 24/06/2014, LL 23/07/2014 (11).

cultural. O también, con la tutela de derechos reconocidos a los individuos en tanto miembros de un grupo con propiedades jurídicamente relevantes. En la tutela de bienes colectivos, la relación entre los sujetos y el objeto tutelado no es tan lineal como puede serlo en las relaciones simétricas de tipo individual.

Lo mismo sucede en los supuestos de litigios orientados hacia la reforma estructural y la puesta en vigencia de derechos sociales (colectivos). En estos casos, el litigio debe tomar en cuenta, además, que los derechos sociales suelen estar reconocidos universalmente, pero con categorización de grupos de personas con intereses afines (mujeres, niños, adultos mayores, e.o.). Estos rasgos inmanentes a las relaciones sustantivas que preceden al proceso, provocan la modificación de la trama subjetiva de la litis procesal, dando lugar a conflictos con una “trama policéntrica”.⁹

En los *procesos colectivos de tipo resarcitorio*, se encauzan reclamos que resultan ser el correlato de la forma de las relaciones actuales de consumo. Las mismas, son las que se derivan de formas homogéneas y también masivas de contratación, predispuestas por las compañías proveedoras de bienes o prestadoras de servicios. Formas contractuales que vinculan a los consumidores, dejándoles solamente la posibilidad de aceptar o rechazar tales ofertas. Esta característica de la contratación vigente en la sociedad contemporánea trae como consecuencia que los conflictos asociados al consumo también presenten las referidas notas de masividad y homogeneidad.

Así, entonces, lo más probable es que si en un caso particular hay un abuso de parte de una empresa, el mismo se reitere de modo exponencial en todas las relaciones contractuales que la misma haya establecido con sus consumidores. Asimismo, una falla sobre un producto, debida a defectos de fabricación, seguramente habrá de reiterarse en múltiples casos.¹⁰ No obstante

⁹Por razones de espacio, no es posible exponer aquí este punto. Remito al lector interesado a ver otro trabajo donde desarrollo especialmente esta noción. Véase: *La trama policéntrica del Litigio de Interés Público*, publicado en la obra colectiva *Análisis de las bases para la reforma procesal Civil y Comercial*, (Jorge Rojas, Coordinador), RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, 2018.

¹⁰Isacharoff, Samuel, observa que con el crecimiento de la sociedad de masas, el componente individual de los reclamos disminuye, incluso aunque queramos que nuestros sistemas legales sigan siendo tributarios de la víctima individual. Por ello, una mirada centrada en el reclamo

esta circunstancia, la trama subjetiva de la litis procesal, en su carácter bifronte, no sufre en estos casos ninguna alteración sustantiva. Simplemente se procede a aglutinar intereses afines, por homogéneos, en uno u otro lado de la relación jurídico-procesal, la que se mantiene en su clásica forma bipolar.

c) La naturaleza de la representación colectiva

En el caso de las *acciones guiadas por el Interés Público*, la naturaleza de la representación colectiva muestra una relajación en las exigencias legales de *locus standing* (legitimación). La *ratio* política que explica esto se halla en la necesidad de favorecer la participación efectiva de los ciudadanos en el control del Interés Público, poniendo freno al ejercicio ilegal del poder por el gobierno u otros actores privados.¹¹

Así es que cuando un agente presenta un caso de Interés Público, no actúa representando a ningún individuo en particular. Se ubica en cambio, como portavoz del “pueblo” o mejor, de un sector de él. En estos casos, en principio, no emerge problema alguno de notificación o *res iudicata*.¹² De hecho, si el demandante triunfa, el beneficio, automáticamente beneficiará al público a través de medidas “injuctivas” (órdenes o mandamientos judiciales), órdenes declarativas u otros remedios, a partir de los cuales se limite o invalide el proceder gubernamental o privado.

individual desencaja de la realidad de la sociedad de masas y coloca grandes desafíos sobre sistemas legales diseñados para proteger derechos individuales e incentivar conductas individuales. Así, entonces, el litigio agregativo, resulta una respuesta posible, porque resuelve aquellas disputas que el sistema bipolar tiene dificultades en manejar. En: *Fairness in aggregation*, Procesos Colectivos, I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 6-9 de Junio de 2012, pp 31-50 (31-32)

¹¹ Cappelletti, Mauro, *Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: a comparative study*, publicado en: *Access to justice. Promising institutions*, cit., pp 832-833.

¹² Así, por ejemplo, la exigencia de notificación no aparece en el sistema norteamericano para las formas de *class action* que consistan en lo que aquí se ha denominado, acción de Interés Público (regla 23b-2), porque en general la clase se encuentra más cohesionada, por lo que habrá menos defensas particulares que oponer. Además, la solución adoptada, al recaer sobre un bien colectivo, habrá de afectar *ipso facto*, a todos los miembros de la clase. Por estas razones, es plausible pensar que las propias defensas del litigante individual, protejan también los intereses de los miembros ausentes. Además, por la naturaleza de la solución perseguida, no tienen sentido que los miembros de la clase pudieran ejercer la opción de excluirse de la clase, razón que también incide en la determinación de la importancia de la notificación. Friedenthal, J. – Kan, M.K. – Miller, A.R., *Civil Procedure*, 3° ed., West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, p766.

En particular, en los procesos orientados políticamente, que persiguen lograr la vigencia de los derechos sociales, se ponen en marcha valores altruistas que procuran la vigencia de los derechos constitucionales, más allá del propio interés particular. Sin perjuicio de esto, es dable destacar que la diferencia entre sistemas mostrará suficiente con que el actor, en estos casos, sea un sujeto privado (como en el sistema de las *classactions* angloamericanas) o se estipulará la exigencia de contar en el proceso con la presencia de un representante público (Defensor del Pueblo o Ministerio Público según el caso), tesis esta última que entiendo más ajustada a nuestros ordenamientos.

Los *procesos de tipo resarcitorio*, por su parte, se sustentan en una concepción liberal de la representación. Es decir, se apoyan en la ficción de que las personas afectadas por el litigio se encuentran efectivamente ante los tribunales, sea personalmente o por representación.¹³ Entonces, aunque el representante sea auto-designado, rige esta ficción y es por eso que resulta importante controlar la “representatividad adecuada” del mismo, con relación a los restantes miembros de la “clase” o “grupo”. Controlando, además, que el reclamo llevado ante la justicia “tipifique”, los reclamos de los restantes afectados, así como que no existan otras alternativas procesales para encauzar el litigio masivo. La decisión, dictada en el contexto de este proceso, vincula entonces a toda la clase, a condición de que se hayan respetado tales recaudos. Así como también, los relativos a la adecuada notificación de los miembros de la clase, para permitirles optar por excluirse de los efectos de la decisión o manifestarse positivamente, respecto de la aceptación de la representación ejercida (según el sistema legal adoptado: “*optout*” u “*opt in*”).¹⁴

d) El objeto prevalente de la pretensión

Las pretensiones que inician *procesos guiados por el Interés Público* persiguen la modificación de ciertas conductas(o la práctica de ciertos sujetos) y

¹³Fiss, Owen M., *The political theory of the class action*, 53 Wash. & Lee L. Rev. 21 (1996), p25.

¹⁴ Estos dos sistemas determinan los alcances de la representación. El “*optout*” impone que quien fue debidamente notificado se excluya explícitamente del proceso, pues de no hacerlo la sentencia que se dicte en él habrá de alcanzarlo con un fallo favorable o adverso a sus intereses. En cambio, el “*opt in*” no presume la aceptación de la representación asumida por el representante de la clase, sino que requiere la adhesión manifiesta de los interesados para ser incluidos en el resultado del proceso.

también, la reforma de aquellas condiciones estructurales con el fin de adecuarlas a los valores constitucionales. En el caso de los derechos sociales, estas reformas habrán de versar sobre regulaciones administrativas o incluso legislativas.¹⁵

Son ejemplos de este tipo de litigio aquellos que llevan adelante un cuestionamiento judicial de las condiciones de detención, la forma de prestación del servicio de salud en los hospitales, estados de contaminación ambiental que afecten la salud y demás derechos sociales de una población determinada.¹⁶ Pero su desarrollo no debe pensarse acotado al ámbito constitucional. También se puede dar esta forma de proceso en el ámbito del Derecho del consumo. En él, se podría perseguir la reforma de ciertas prácticas relativas a la competencia o al buen funcionamiento de algún aspecto concreto del Mercado.

Este tipo de pretensiones busca una sentencia que impacte en la realidad. Son sentencias que por su naturaleza tendrán carácter estructural. Por ello, las mismas deben ser vistas como el inicio de una relación entre los tribunales y la autoridad o particular demandados. Así, a partir de la emisión de

¹⁵En la experiencia de esta forma de litigio en el Derecho angloamericano, entre los años 1950 y 1960, se evidencia un desplazamiento del centro de interés hacia los derechos civiles, a partir de la eclosión de la *Equalprotectionclause* (cláusula de igual protección). La misma fue introducida en la enmienda número 14 a la Constitución Americana y prohíbe a los Estados, negar a cualquier persona la igual protección de la ley, o lo que es lo mismo, protege contra el trato discriminatorio en la aplicación de la ley. Este fenómeno de judicialización de los reclamos muestra una utilización novedosa de los moldes procesales de las *classactions*, para lograr la modificación de situaciones vigentes en dicha sociedad, intentando provocar cambios que adecuaran ciertas prácticas y regulaciones, al respeto de estándares de protección de los derechos civiles de los ciudadanos. Este último uso de las acciones de clase se distingue de su uso centrado en el daño, por el recurso a la *injunction* como medida para operativizar los cambios estructurales requeridos. Este último es un mandamiento u orden judicial emitido con carácter “preventivo”, para prohibir un acto o una serie de actos futuros, “reparativo” para obligar al demandado a que se comprometa en un curso de acción que tiende a corregir los efectos de errores pasados o “estructural”, para perseguir la reorganización de una institución en funcionamiento. Sobre este tópico puede verse la clásica obra de Abram Chayes en donde se refirió a este tipo de litigio naciente y común en las cortes federales de los Estados Unidos. Ver: *The role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol 89, N° 7 (1976), pp1281-1316. También: Fiss, Owen M., *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, 1978; Horowitz, Donald L., *The courts and social policy*, Brookings Institution, Washington, 1977; Cappelletti M. y Garth, B., *Finding an appropriate compromise: A comparative Study of individualistic models and group rights in Civil procedure*, 2 Civ. Just. Q. 111 (1983).

¹⁶Si bien es cierto que estas reformas podrían exceder el ámbito de competencias tradicionales y legítimas del Poder Judicial, nada impide que las mismas resulten como consecuencia indirecta del litigio, colocando la cuestión en la agenda pública y obligando a los poderes políticos a tomar por sí mismos, medidas concretas.

algún tipo de mandamiento judicial *oinjunction*, se establece que en adelante el tribunal dirigirá o controlará la reconstrucción de la institución social, para adecuarla a la Constitución. Esta relación es de larga duración entre el juez y la institución y puede presentar diversas formas que van desde la determinación, cada vez más específica del contenido, hasta la creación de nuevas agencias burocráticas para asistirlo en dicha tarea. Todo ello, pasando por la posibilidad de permitir también, la participación de *special masters*,¹⁷ en dicha etapa de ejecución.

En cambio, en los *procesos colectivos de tipo resarcitorio*, se busca, de un lado la reparación para una clase o grupo de personas víctimas de una lesión y de otro, cargar al que obró mal con tal resarcimiento. Se procura a través de este tipo de procesos una nivelación de las partes en litigio. La forma agregativa de pequeños reclamos allana un obstáculo económico para el acceso a la justicia. Así, justiciables que individualmente pueden tener escasos recursos para afrontar abogados de grandes empresas económicas, pueden acceder a buenos servicios profesionales. Esto último, de parte de abogados en la acumulación de causas pueden ver el interés económico para defenderlas.

Si bien el objeto de estos reclamos puede ser variado (reparación de daños masivos derivados de la contaminación, por uso de productos defectuosos, efectos adversos de medicinas, adicción al tabaco e incluso los daños derivados de accidentes aéreos, entre otros), en todos los casos, se trata de procesos que, bajo la lógica del derecho privado, persiguen la reparación civil de los daños, aun cuando ello se produzca bajo el formato colectivo,

¹⁷ Esta figura es desempeñada por una persona convocada a colaborar con los tribunales en una causa en trámite. Esta ayuda puede justificarse en una condición excepcional del caso, en la necesidad de contar con un informe sobre las cuestiones presentadas en el mismo, la estimación de los daños o una cuestión de la etapa preliminar del caso o posterior a la sentencia. Son personas con conocimientos previos sobre las cuestiones discutidas en el pleito. Su designación judicial, les otorga fuerza de autoridad en sus acciones. Por lo general, en la misma orden de designación se delimitan sus competencias, reconociéndoles poderes suficientes para el cumplimiento de su misión. Según Feerick, John D., *Los Special Masters en Estados Unidos*, presentación realizada en el Seminario Internacional: “*Remedios judiciales y monitoreo de ejecución de sentencias en el litigio de reforma estructural*”, organizado por ADC, en Buenos Aires, el 4 y 5 de noviembre de 2010.

fundado en las expuestas razones de homogeneidad de las circunstancias fácticas y normativas.

Es así que el planteo de reclamos patrimoniales que pudieran volcarse en los moldes colectivos, por ejemplo, en formas de “derechos individuales homogéneos” u otras modalidades específicas de *classactions*,¹⁸ tienen en común el canalizar reclamos que, en principio, no discuten de manera directa el Interés Público. En definitiva, estas formas de litigio no hacen sino “aglutinar” intereses individuales, que por su carácter “homogéneo”, resulta conveniente tratar de manera integrada. Si bien esta forma, pone en vigencia valores de importancia y en un modo indirecto, podría decirse que también aquí hay un Interés Público involucrado, no es éste el sentido que aquí se ha dado al término, ni el móvil principal que los inspira.

e) Fundamentos para el tratamiento colectivo

Para comprender los fundamentos del *Litigio de Interés Público*, es importante revisar su experiencia. El desarrollo de esta práctica puede explicarse a partir de tres factores. En primer lugar, el creciente grado de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos. Luego, el desarrollo de construcciones teóricas afines a tales reformas constitucionales y orientadas a garantizar estos derechos fundamentales. Por último, hay que considerar el elemento coyuntural asociado a la discordancia, más o menos palmaria, entre los derechos que las nuevas Constituciones prometen y lo que la realidad devuelve, en términos de incumplimientos y aplazamiento de tales obligaciones constitucionales.

Esta forma de litigio termina encontrando fundamento último en la posibilidad de acrecentar la participación de sectores desaventajados que, de otra forma, no podrían incidir fuertemente en la mejora de sus condiciones de vida y goce de derechos fundamentales. Es por eso que esta forma de litigio aparece, sin dudas, como una forma de “dar voz a los sin voz”, fomentando la

¹⁸Esta herramienta procesal, creada en 1938 a partir de la regla 23 de las *Reglas Federales de procedimiento civil*, permite la judicialización de amplias categorías de casos incluido el Litigio de Interés Público, como ya se explicó. Sin embargo, sólo una de tales categorías se asemeja estrictamente a la idea común de litigio de derechos individuales homogéneos, la *classaction for damages* contenida en la regla 23 –b-3.

participación ciudadana en la “cosa pública”.¹⁹

El señalado elemento patrimonial de los *procesos colectivos de tipo resarcitorio* no les quita valor social. La ya señalada uniformidad de este tipo de reclamos, consecuencia de los modos masivos de producción y comercialización, justifican darles un tratamiento colectivo. No sólo por razones de economía procesal y seguridad jurídica se justifica reunir en procesos comunes aquellos casos análogos, sino también porque éstos suelen ir acompañados de problemas en el acceso a la justicia, tal como ya se presentó.

Además del aspecto referido al costo de los servicios profesionales, se deben considerar los otros costos del proceso judicial. En especial, la menor cuantía individual de los reclamos o las dificultades para afrontar pruebas científicas costosas a los fines de la demostración de los daños (como por ejemplo el derivado del consumo de cigarrillos, implantes mamarios, entre otros) justifican la “asociación procesal” de aquellas personas cuyo reclamo resulte homogéneo.

Esta forma de proceso colectivo se vincula estrechamente con el acceso a la justicia de causas que, individualmente resultan pequeñas pero que no resultan triviales desde un punto de vista social. O también, de aquellas que, por su dificultad probatoria, podrían verse presas de desincentivos procesales. Entonces, la herramienta procesal de los *procesos colectivos de tipo resarcitorio* permite sortear el obstáculo económico representado por la “menor cuantía” de ciertas causas.

Estas acciones son una forma de dar fuerza en la unión, frente a las grandes empresas, que tienen recursos que se manifiestan en mejores armas en el combate judicial. Esto se podría estimular a través de la creación de incentivos en los abogados para que les sea redituable litigar este tipo de causas.²⁰ Además, el litigio de pequeñas causas puede servir para lograr la

¹⁹ Ucin, M. Carlota, *Litigio de interés público: la voz de los sin voz*, Revista Actualidad Jurídica General, N° 180, año 2010, Editorial Nuevo Enfoque, Provincia de Córdoba, pp393-402.

²⁰ En el caso angloamericano, las *classactions* crean incentivos para que los abogados se especialicen en esta materia y para que acepten la defensa de estos reclamos. La reunión de los reclamos individuales de toda una clase, hace que el monto en litigio sea considerable y torne viable económicamente el litigio. Resulta así rentable para los Abogados dedicarse al

vigencia de las leyes, cumpliendo una función disuasiva de las violaciones masivas de derechos, a través de la sanción a los incumplimientos. Es pues habilitando estos reclamos, que se fuerza a las Compañías a asumir los costos de su conducta ilegal. Además, a partir del tratamiento aglutinado de causas múltiples, se favorece la vigencia de la economía procesal en un sentido amplio, evitando la reiteración de litigios idénticos.²¹

f) El impacto social esperado

Como se presentó al dar los fundamentos del *Litigio de Interés Público*, el mismo busca como objetivo máximo ajustar la realidad a la vigencia de los derechos constitucional y convencionalmente protegidos. De todas maneras, no es ésta la única forma de lograr un impacto positivo. Muchas veces, el proceso judicial no puede cambiar totalmente la realidad, por imposibilidad económica o de otro tipo. Pero, en cualquier caso, discutir la cuestión en el marco de un proceso, puede poner en vigencia valores igualmente relevantes. Así, en primer lugar, visibilizar el problema estructural o la necesaria tutela de derechos de pertenencia difusa.

También, dar participación a los afectados, sectores que quizás no habían tenido hasta ese momento ningún tipo de consideración de parte de las autoridades estatales (piénsese por ejemplo en los vecinos de “Villa Inflamable” en el caso Matanza-Riachuelo). Además, se puede lograr un mayor involucramiento de las autoridades competentes que ahora pueden ver rostros en esos números con los que habitualmente trabajan. Por lo demás, la responsabilidad personal de estas mismas autoridades es más fácil de lograr cuando dichas autoridades se sientan a la mesa en procesos de ejecución.

La existencia de planteos llevados a cabo a través de *procesos colectivos de tipo resarcitorio*, por su parte, genera en las Compañías la

litigio de clase y se crea con ello un sector de “abogados emprendedores” que pueden asumir los costos del proceso asumiendo los riesgos de su resultado final. Esto crea un “Mercado”, para lograr la aplicación privada del Derecho. Alexander, Janet C., *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, Presented Conference: Debates over Group Litigation in Comparative Perspective, Geneva, Switzerland, July 21-22, 2000. Disponible en línea: <https://law.stanford.edu/publications/an-introduction-to-class-action-procedure-in-the-united-states/> (acceso mayo de 2019)

²¹ Alexander, Janet C., *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, cit. pp1-2. También, Fiss, Owen, *The political theory of the Class Action*, cit.

conciencia de que habrán de asumir los costos efectivos de sus conductas ilegales, generando la posibilidad cierta de que les resulte más económico modificar, *a priori*, ciertas prácticas comerciales. Por último, esta forma agregativa de litigio, redundará en la mayor economía y eficiencia del servicio de justicia.

Esto último, deriva de la concentración de trámites idénticos, que no sólo se acumularían, sino que se “simplificarían”. El proceso cuyo objeto sean “derechos individuales homogéneos”, debe así tratar con los factores que obren como “comunes denominadores” de la clase afectada. Entonces, así como para las operaciones matemáticas, esta simplificación habrá de servir al proceso, para depurar y facilitar la tarea cognoscitiva y decisoria. Como es lógico pensar, esto habrá de redundar en una reducción de la sobrecarga laboral en el sistema judicial.

Las dos formas de tratamiento colectivo de los derechos, aquí expuestas, resultan amparadas por el amplio alcance reconocido por el artículo 43, a los derechos en su dimensión colectiva. Lo que sucede, como aquí se ha venido destacando es que ambas formas tienen objetivos diversos y atienden a problemas sociales disímiles. Es por esto que, el modo en que sean tramitados judicialmente requiere de adecuaciones específicas.

Conviene entonces insistir en la importancia de la distinción a los fines de prever su regulación específica. Es que no sería suficiente con regular los procesos colectivos limitándose a la previsión de tutela de los derechos individuales homogéneos. O, hacerlo de modo separado, reconociendo la complejidad del fenómeno, pero sin establecer con claridad las diferencias que existen en su naturaleza y que deben verse reflejadas en la estructura procesal de cada una de ellas. En este sentido se ha dicho que los proyectos que se limitaran a introducir acciones colectivas sólo para la tutela de los consumidores son discutibles por defecto. De hecho, no son sólo éstos los que pueden ser víctimas de ilícitos que alcancen a una pluralidad de personas.²² Una regulación

²² Taruffo, Michele, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LXI, Fasc. 2 – 2007, pp 529-537 (530).

procesal que recoja adecuadamente las dimensiones colectivas de los derechos, debe entonces, hacerse cargo de estas dos formas, bien diferenciadas de conflictos.

III.- Estructura de los procesos según su finalidad

En la experiencia argentina, se han ido desarrollando ambas categorías de litigio colectivo. Así, coexiste el Litigio de Interés Público, con las otras formas colectivas, orientadas a la obtención de reparaciones económicas.²³ Es lo cierto que lo han hecho casi a la vera del ordenamiento jurídico procesal que no ha dado hasta el momento cabal respuesta a la necesidad de una regulación específica. Existe un reconocimiento genérico, de derechos y legitimados, en la Constitución Nacional y algunas normas más o menos específicas como las que tutelan el medioambiente, a los consumidores o a ciertos colectivos. Pero, a nivel legal, y en especial procesal, es poco lo que se ha hecho en favor de garantizar la tutela efectiva de estos derechos.

Es por esto que cobra relevancia la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al ir encauzando esta práctica. En este sentido, se han ido precisando las categorías de reclamos pasibles de ser tratados bajo la mirada colectiva y se han elaborado algunas normas de procedimiento a fin de evitar la superposición de pleitos y las sentencias contradictorias, garantizando, en suma, un adecuado conocimiento de los litigios colectivos. Todo ello en el entendimiento de que era necesario suplir la mora de legislador a los fines de

²³En cuanto al primero, a partir de los años 90 especialmente, se registra un crecimiento amplio de las organizaciones de defensa de Derechos Humanos para la judicialización del Interés Público, sea a través del litigio de tipo “estratégico” o sea a través de la actividad de las Clínicas Jurídicas. Estas últimas, articulan la enseñanza de la práctica profesional de la Abogacía con la promoción de acciones legales concretas, que buscan transformar o problematizar alguna dimensión del campo del Derecho. Para una referencia general sobre el tema puede verse: *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008; *Clínica Jurídica*, CELS, disponible en línea: <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/clinica-juridica/> (acceso: mayo de 2019); *Litigio Estratégico en Educación*, ADC, 2008; *Litigio y reforma educativa*, ADC, 2009; Abramovich, V. – Pautassi, L., *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp 1-89.

Pero, asimismo, se ha desarrollado un cuerpo de *procesos colectivos de tipo resarcitorio*, aglutinando intereses patrimoniales e individuales. Reclamos llevados adelante mayormente por el Defensor del Pueblo o por Asociaciones de defensa de los Consumidores y Usuarios, como por ejemplo: ADELCO, ADECUA, PROCONSUMER, Pro.Del.Co. PADEC y UCU, entre otras.

ordenar la tramitación de estos procesos, evitando situaciones de gravedad institucional.²⁴

Las categorías que emergen de la doctrina elaborada por la Corte serían tres: los tradicionales derechos individuales, los derechos que recaen sobre bienes colectivos y aquellos que, aun siendo individuales, agregan la nota de homogeneidad que es la que justifica el tratamiento conjunto.²⁵ Sobre esta base, Lorenzetti ha sostenido que el catálogo de acciones colectivas en nuestro ordenamiento reconocería las siguientes alternativas:²⁶

-*Acciones colectivas referidas a bienes colectivos*: resultan admisibles en virtud del artículo 43 de la Constitución Nacional y la interpretación dada a este artículo por la CSJN en sus precedentes “Mendoza” y “Halabi”;

-*Acciones colectivas referidas a derechos individuales homogéneos no patrimoniales*: reconocen al igual que la categoría anterior, fundamento en la Constitución y la interpretación que de ella ha realizado el Máximo Tribunal;

-*Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales en las relaciones de consumo*, su fuente normativa específica además de la Constitución se ubica en la Ley de defensa del consumidor nacional (art. 54, ley 24.240, texto según ley 23.361);

-*Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales*. Este tipo de acción no se encuentra aún desarrollada aunque no habría óbice para su inclusión dentro del catálogo de posibilidades dadas por la Constitución.

²⁴ Fundamentos éstos expuestos en el Considerando 10° de la acordada 12/2016 que aprobó el Reglamento de actuación en procesos colectivos con vigencia expresa hasta la sanción de una ley que regule estos procesos en el ámbito nacional.

²⁵ Véase “Halabi”, cdo. 9°, doctrina luego reiterada en sucesivos precedentes. Remito a los casos citados en la nota 9.

²⁶ Sobre el punto puede verse: Lorenzetti, Ricardo L., *Justicia colectiva*, RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, 2010, p 23. Como se puede apreciar en el texto, esta definición de acciones colectivas deriva de la caracterización de los derechos de incidencia colectiva efectuada por la CSJN. Sin embargo, la misma resulta infraincluyente, pues deja fuera una categoría posible de litigios. Esta interpretación de la cláusula constitucional deja fuera de su alcance la categoría de los “derechos colectivos”, que son una herramienta fundamental para prever un adecuado tratamiento de los problemas de cambio estructural, como se impone, a partir de la judicialización de los derechos sociales. Para ello, no resulta suficiente el enfoque dado por los “individuales homogéneos no patrimoniales”, porque no dan cuenta de la dimensión colectiva y social de algunos derechos provocando efectos disruptivos al tratar con una lógica individual, conflictos con una clara dimensión grupal.

En lo que respecta al Reglamento de actuación en procesos colectivos, aprobado por la acordada 12/2016, ha de señalarse en primer término que el mismo deja fuera de su ámbito de aplicación a los procesos medioambientales (regidos por la ley 25.675) y los procesos colectivos que involucren derechos de personas privadas de su libertad o se vinculen con derechos penales. Sin embargo, las modificaciones resultan meras adecuaciones, para evitar casos de gravedad institucional. Por ello, el reglamento asume que su aplicación es complementaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como es lógico que sea hasta que se sancione una ley especial en la materia.

Esta norma, al determinar en particular el contenido de la demanda distingue los procesos cuyo objeto sean bienes colectivos de aquellos cuyo objeto sean intereses individuales homogéneos (apartado II). Deja fuera, de modo consistente con su jurisprudencia, la categoría de los derechos que son titularizados por un colectivo (derechos colectivos en sentido estricto). Luego, articula la obligación de la inscripción del proceso como colectivo con una suerte de “certificación del colectivo”, que podrá ser modificada ulteriormente por el juez (apartados V y VIII).

Reconoce a su turno el carácter expansivo de las sentencias en estos casos, por lo que se asume que el juez deberá adoptar con celeridad las medidas necesarias para ordenar el procedimiento (apartado XI). La única especificidad del trámite tendría lugar en casos de proceder un proceso especial del tipo del amparo o sumarísimo que, sabemos, siguen sin dar respuesta a la garantía de la tutela judicial efectiva.

Además, se ha regulado la intervención de los *amicuscuriae* (Acordada 7/2013), la celebración de audiencias públicas (Acordada 30/2007) y la creación del registro de procesos colectivos (Acordada 32/2014). Todos estos instrumentos procesales son coadyuvantes para garantizar procesos judiciales legítimos que den tratamiento a estos conflictos.

Sin perjuicio de la valoración positiva que merecen estos esfuerzos, es necesario decir también, que los mismos resultan insuficientes y como el propio tribunal lo ha señalado, es el legislador quien se encuentra en mora. Es

entonces pensando en este último foro, el de las reformas legislativas, que aquí se señalarán algunas propuestas, no muy distantes de la práctica actual pero que la ordenan a partir de las categorías conceptuales antes expuestas. Así entonces, de acuerdo con la tesis de la diferenciación propuesta, se impone revisar la estructura procesal de cada una de estas formas de proceso colectivo.

a) Procesos colectivos guiados por el Interés Público

El objeto de este tipo de procesos determina un primer nivel de modificaciones. Otras, derivan del tipo de legitimación ampliada que se reconoce para la tutela de estos derechos. Como ya se ha indicado, la trama subjetiva de este tipo de procesos, guiados por el Interés Público, resulta policéntrica. En este sentido, se quiebra la idea del conflicto simétrico y bipolar, para dar paso a conflictos multiformes, con varios nodos en tensión.

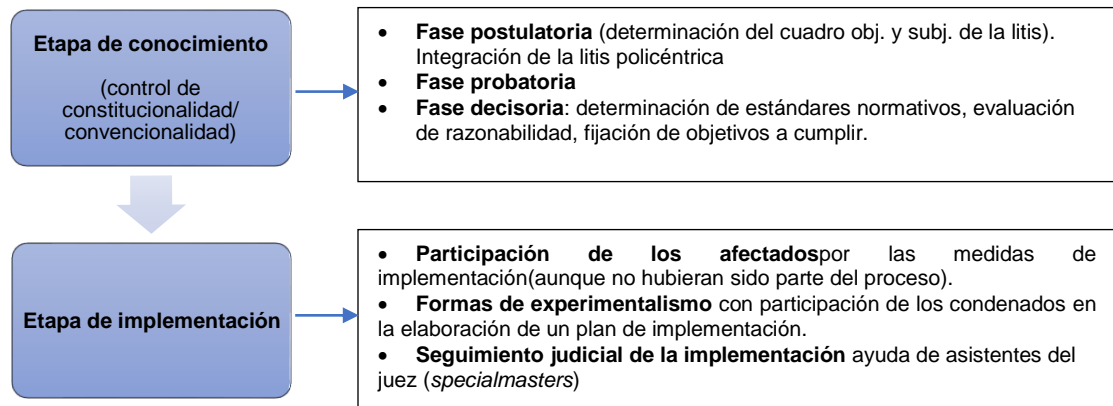
Como consecuencia de ello, es necesario recoger estas adecuaciones sobre la estructura subjetiva de la litis. En particular, para lograr que en estos procesos tengan participación y representación adecuada todos los sectores con intereses involucrados en la cuestión se habrá de propiciar un proceso con dos etapas bien diferenciadas. Para ello, se debe abandonar la idea de la bipolaridad estricta, pensando en entramados multipolares más afines a los conflictos complejos.

La primera etapa, consistente en un “juicio de constitucionalidad/convencionalidad”, habrá de reunir las características estructurales propias de un proceso de conocimiento pleno. Entonces, sus tres fases habrán de ser: la “postulatoria”, la “probatoria” y la “decisoria”.²⁷ Luego de esta etapa, en una segunda, semejante a los procesos de ejecución de sentencia, se habrán de implementar las medidas de cambio social que se deriven de la evaluación normativa precedente. Lo novedoso no es la forma en

²⁷ Si bien esta idea resulta parte del “dominio público” del Derecho Procesal, remito al lector a la obra de Calamandrei, quien ha expuesto con claridad esta idea. Para el autor, la serie de actos que constituye el proceso se subdivide con frecuencia, en varias fases o porciones, cada una de las cuales constituye una etapa del proceso entero. Siendo la providencia jurisdiccional, la meta y el epílogo de aquellas. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el nuevo Código*, vol. I, 1° edición italiana (trad. Santiago Sentís Melendo), EJEA, Buenos Aires, 1962, p 326.

sí, sino que el proceso se concibe, *ab initio*, como un proceso con efectos ejecutivos.

Esto arrojaría el siguiente esquema:



Dentro de la primera etapa, en la fase postulatoria, será esencial lograr una adecuada “determinación objetiva y subjetiva de la litis”, recurriendo en caso de corresponder, al uso de los poderes saneadores e instructorios del juez para delimitar adecuadamente el *thema decidendum*. En este sentido, resulta relevante la experiencia de la Corte en el trámite de la causa “Mendoza” en la que, sólo cuando se logró determinar adecuadamente los términos del reclamo, se dio traslado de la demanda.²⁸

Es importante también, y por la misma complejidad de la materia, prever una audiencia en esta etapa, que asegure la clarificación de los puntos litigiosos, así como la determinación de aquellos afectados o interesados a quienes se deba dar intervención. En esta oportunidad, se puede determinar el modo en que habrá de proseguir el proceso, ordenándose medidas preliminares de prueba tendientes a tal determinación.²⁹

En tal sentido, y más allá de las manifestaciones de las partes, resulta crucial la mirada que el magistrado haga de los hechos expuestos por las partes, a fin de llamar en esta oportunidad, a todos aquellos posibles afectados con intereses diversos de aquellos representados por los sujetos que han

²⁸ Resolución del 22-VIII-2007 (Fallos 330: 3663),

²⁹ Todo esto fue originalmente desarrollado por la Corte en la referida causa “Mendoza”. Véase la resolución del 20-VI-2006 (Fallos 329:2316).

iniciado el pleito. El juez, en su rol de director del proceso, habrá de integrar los frentes “activo” y “pasivo” del proceso, logrando así una adecuada “integración subjetiva de la litis”.

Trabada entonces la litis, determinado así de modo al menos aproximado el objeto del proceso y las partes involucradas, resulta posible pasar a la segunda fase. En esta instancia de conocimiento, se puede incorporar la participación de otros sujetos, distintos de las partes para que den su punto de vista sobre el conflicto. En este sentido, el rol de los amigos del tribunal (*amicuscuriae*) y la posibilidad de celebrar audiencias públicas para permitir la intervención de “terceros”³⁰ en el proceso, resulta sumamente importante de la fase de prueba. Esto especialmente en cuanto habilita la posibilidad de crear en esta etapa un “espacio discursivo” que sirva para la comprensión acabada de los conflictos policéntricos. Resulta entonces fundamental fomentar en este contexto un diálogo, guiado con una finalidad epistémica, no sólo para reconstruir datos históricos como sucede en el proceso tradicional, sino también para “evaluarlos” a la luz de estándares determinados y trazar líneas prospectivas.

En la fase decisoria, se habrán de fijar los estándares objetivos con los que se han evaluado los hechos de la causa. Cuando se deban evaluar políticas públicas, se impone cumplir con un riguroso ejercicio de argumentación. Podría establecerse, entonces, una suerte de regla que prescribiera que: *“a mayor injerencia en cuestiones prima facie políticas, mayor carga de la argumentación”*.

La evaluación de la sentencia podría recaer sobre el proceder de particulares (pienso en supuestos de contaminación ambiental) o sobre las autoridades en los supuestos de reforma estructural. En estos casos, la sentencia habrá de determinar, además de la ilicitud de los hechos juzgados (si

³⁰Terceros en sentido estricto, es decir, sujetos ajenos a la litis, pero con interés en sus resultados, con la posibilidad de intervenir en ella, sin ser, no obstante, incorporados a la litis como “partes”. Pueden serlo, por ejemplo, los afectados indirectos por los resultados del pleito (vecinos del área contaminada, trabajadores de las empresas contaminantes).

así procediera),cuáles serán los objetivos que deben ser alcanzados para ajustar los hechos de la causa a los valores constitucionales comprometidos.

Este juicio, que recae sobre políticas públicas o sobre la tutela de bienes indivisibles, hace pensar que los efectos de dicha declaración deben ser generales y no podrían restringirse subjetivamente a las partes intervinientes en el proceso. La adecuada integración subjetiva de la litis, será la precondition para poder obtener una sentencia con alcances *erga omnes*. Esto último, nos lleva a pensar en ciertos ajustes sobre los alcances del control de constitucionalidad para este tipo de procesos. La gravitación del Interés Público en estas cuestiones excluye, además, la posibilidad de celebrar acuerdos transaccionales en esta primera etapa.

Concluida esta primera etapa (luego de transitadas las señaladas fases), con el pronunciamiento judicial, no acaba, sin embargo, el proceso. De hecho, esta primera etapa, es la preparación de la segunda etapa procesal. En esta última, se pone en marcha la construcción de las medidas conducentes a operar los cambios necesarios y la puesta en vigencia de tales planes concretos. Esta etapa es crucial, y el rol del juez en ella es, también, determinante.

Una sentencia que declarara un estado de cosas inconstitucional y sin embargo, no pudiera hacer nada al respecto, delegando todo cambio en la buena voluntad de los condenados, echaría por tierra con todo esfuerzo anterior en el desarrollo del proceso. Por esto resulta sumamente trascendente asumir que esta etapa, tendrá que durar el tiempo que sea necesario para la consumación del cambio perseguido. Las posibilidades para su desarrollo son múltiples, según puede verse en la experiencia nacional y comparada.³¹

³¹ El tema relativo a la fase de ejecución de estas sentencias resulta uno de los más novedosos para nuestra práctica constitucional. Sobre el punto puede verse: Bergallo, Paola, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, SELA Papers, 2005, Paper 45 (disponible en línea: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45/ acceso mayo de 2019), Ucin, M.C., *La necesaria tutela diferenciada de los DESC. Apuntes sobre la función remedial del Poder Judicial*, en Berzonce, Roberto (Coordinador), *Aportes para una justicia más transparente*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pp 171-191, Chayes, A., *The role of the judge in Public Law Litigation*, cit., y Sabel, Ch. – Simon, W., *Destabilization rights: how Public Law litigations succeeds*, 117 Harvard Law Review, 1016 (2003-2004). Sobre la experiencia del caso colombiano, véase:

Sin embargo, parece una cuestión irrenunciable la presencia del juez en esta etapa y la posibilidad de cierto control periódico de los avances sobre los cambios exigibles. Ello sin perjuicio de la posibilidad de ir arbitrando modificaciones sobre los mandamientos judiciales cuando las condiciones así lo requiriesen. Además, se debe destacar que en esta etapa resulta crucial la participación de los afectados y las autoridades obligadas para la construcción de soluciones.

Las modalidades del cumplimiento de la decisión, sí podrían ser acordadas por las partes. Esta forma de experimentalismo parece más adecuada para el cumplimiento de los objetivos perseguidos por las sentencias de reforma estructural. A este respecto, se ha hablado de la creación de una "microinstitucionalidad"³² a partir del establecimiento de agentes (que pueden ser los propios actores u otros) que sean auxiliares del juez a los efectos de ejercer el seguimiento de la decisión.

Este sistema de microinstitucionalidad no empece a que el juez principal (o el designado para llevar a cabo la ejecución de las mandas) retenga todo su *imperium*, pudiendo estipular las sanciones que correspondieran para impulsar el cumplimiento de la decisión. Es el trabajo conjunto entre juez y los "controladores" el que puede permitir llevar adelante un seguimiento periódico de los progresos del cumplimiento, así como también ir reajustando las órdenes a las necesidades emergentes en cada caso, en un ejercicio del experimentalismo ya referido.

b) Procesos colectivos de tipo resarcitorio

Las modificaciones legislativas que impone el tratamiento de este tipo de procesos no son menores. Su trascendencia es tal que imponen una revisión no sólo del proceso sino también de cuestiones vinculadas a la distribución de la competencia y al rol que habrá de desempeñar el juez en este tipo de procesos.

Rodríguez Garavito, C. – Rodríguez Franco, D., *Cortes y cambio social*, Colección Dejusticia, Colombia, 2010.

³²Lorenzetti, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, pp152-3.

La opción por un sistema semejante al de las *classactions* de tipo resarcitorias, el modelo sugerido por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPCI) para la tutela de los derechos individuales homogéneos u otro sistema, será determinante a la hora de estipular los alcances de la representación, de la sentencia dictada en dichos procesos y la solución de problemas tales como la determinación de las reglas aplicables a las costas y la regulación de honorarios. Esto por sólo mencionar algunos de los aspectos principales que deben ser tenidos en cuenta y que están siendo abordados por los distintos proyectos de reforma.

Sin embargo, en lo que respecta a la determinación de la estructura procesal, que es el tema en el que aquí me he concentrado, los cambios que deben hacerse no son tan importantes. La tutela judicial efectiva de estos derechos no impone demasiadas adecuaciones. El esquema de tipo cognoscitivo, con las tres fases de un proceso estándar, no sufrirían ninguna alteración.

En este sentido, tampoco hay un impacto sobre la estructura subjetiva de la litis porque tal como se ha dicho en el apartado anterior, aquí se mantiene la idea de la representación de tipo individual, llevada a una escala colectiva. Es así que, en este tipo de procesos se mantiene la forma de planteamiento bipolar y dialéctico. De esta manera, el representante de la clase o grupo de damnificados se enfrenta al demandado y puede desarrollar un proceso contradictorio que no sufrirá en su estructura ninguna modificación respecto del proceso tradicional.

En cambio, en lo que respecta a la delimitación del *thema decidendum*, sí será necesario establecer un cambio. La razón que justifica que los diversos reclamos tramiten de manera acumulada se halla en la homogeneidad de aquellos. Por esto, será fundamental lograr una discusión que se concentre sólo en ellos, desplazando las particularidades (por ejemplo, en la determinación de los daños) para la fase liquidatoria, como está previsto en el Código Modelo de

Procesos Colectivos para Iberoamérica³³ y el ordenamiento brasileño, así como también se recoge en varios proyectos de reforma.³⁴

En consecuencia, esta circunstancia, mostrará una variante al proceso tradicional en los alcances de la declaración de condena que tendrá que ser genérica, además de tener efectos *erga omnes*. Por último, resta decir que en estos casos no hay impedimento teórico para que, lograda la adecuada representatividad del actor, se pueda celebrar acuerdos transaccionales como modo de conclusión del proceso, alternativa a la sentencia.

IV.- Algunas reflexiones finales

El Derecho Procesal debe asumir la mora en la adecuación de sus estructuras a los conflictos derivados de la comprensión social del Derecho. No se trata sólo de regular los procesos colectivos, sino de comprender la complejidad que anida en la llamada incidencia colectiva de los derechos recogida por el constituyente nacional en el artículo 43.

Dar tutela judicial efectiva a los derechos fundamentales impone darles un tratamiento acorde a sus particularidades. Éstas no siempre imponen soluciones urgentes, a veces, pueden requerir todo lo contrario. Reconocer las particularidades del fenómeno comprendido por la categoría de los derechos de incidencia colectiva impone tomar en cuenta dichas señas a la hora de establecer la regulación de los procesos en los que se discutan estas cuestiones.

Aquí, se ha insistido en la necesidad de dar un tratamiento diferenciado a los reclamos según que los mismos se encuentren guiados por el Interés Público o persigan un resarcimiento colectivo. Este señalamiento nos debe advertir de la inconveniencia de tratar al fenómeno de los procesos colectivos como algo monolítico. Pero también, nos indica que no será suficiente con darles tratamiento por separado si el mismo no registra las notas esenciales que distingue a cada uno de estos conflictos. No es posible organizar un

³³ Artículos 22 a 28 del CMPCI.

³⁴ Para una revisión de los proyectos de reforma remito a la exhaustiva reseña efectuada por Francisco Verbic en su blog: *ClassActions en Argentina*, disponible en: <https://classactionsargentina.com/material-de-trabajo-para-discutir-la-reforma/> (acceso: mayo de 2019).

proceso colectivo y luego, establecer adecuaciones según el proceso de que se trate. Como he justificado aquí, es necesario regular estructuras diferenciadas para lograr que el tratamiento procesal de cada tipo de conflicto encuentre el espacio de conocimiento suficiente y legítimo para alcanzar las metas que se proponen.

El tiempo que ha transcurrido desde la incorporación de la dimensión colectiva de los derechos en nuestro ordenamiento jurídico hasta ahora, excede la idea del plazo razonable aplicado a la obligación de establecer una regulación adecuada. Pero mirando el aspecto positivo, sería deseable que la legislación se nutriera de la experiencia ganada y la reorientara en aquellos aspectos en que la misma se aparta de los fundamentos y particularidades de la realidad a la que del Derecho Procesal debe servir. He aquí, el lugar para esta humilde contribución.

V.- Bibliografía

- **Abramovich, V. – Pautassi, L.**, *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp 1-89;
- **ADC**, *Litigio Estratégico en Educación*, 2008;
- **ADC**, *Litigio y reforma educativa*, 2009;
- **Alexander, Janet C.**, *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, Presented Conference: Debates over Group Litigation in Comparative Perspective, Geneva, Switzerland, July 21-22, 2000. Disponible en línea: <https://law.stanford.edu/publications/an-introduction-to-class-action-procedure-in-the-united-states/>;
- **Bergallo, Paola**, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, SELA Papers, 2005, Paper 45 (disponible en línea: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45/);
- **Calamandrei, Piero**, *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el nuevo Código*, vol. I, 1ª edición italiana (trad. Santiago Sentís Melendo), EJEA, Buenos Aires, 1962, p 326;
- **Cappelletti M. y Garth, B.**, *Finding an appropriate compromise: A comparative Study of individualistic models and group rights in Civil procedure*, 2 Civ. Just. Q. 111 (1983);
- **Cappelletti, Mauro**, *Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: a comparative study*, publicado en: *Access to justice. Promising institutions*, Vol. 2, Book 2, Part five, Giuffrè – Sijthoff, 1979, pp 767-865 (832-833);
- **Cappelletti, Mauro**, *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969;
- **CELS**, *Clínica Jurídica*, disponible en línea: <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/clinica-juridica/> (acceso: mayo de 2019);
- **CELS**, *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008;
- **Chayes, Abram**, *The role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol 89, N° 7 (1976), pp1281-1316;
- **Dinamarco, Cândido Rangel**, *A instrumentalidade do processo*, Editora Revista dos tribunais, São Paulo, Brasil, 1987;
- **Feerick, John D.**, *Los Special Masters en Estados Unidos*, presentación realizada en el Seminario Internacional: “Remedios judiciales y monitoreo de ejecución de sentencias en el litigio de reforma estructural”, organizado por ADC, en Buenos Aires, el 4 y 5 de noviembre de 2010;

- **Fiss, Owen M.**, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, 1978;
- **Fiss, Owen M.**, *The political theory of the class action*, 53 Wash. & Lee L. Rev. 21 (1996);
- **Friedenthal, J. – Kan, M.K. – Miller, A.R.**, *Civil Procedure*, 3° ed., West Group, St. Paul, Minnesota, 1999, p766;
- **Horowitz, Donald L.**, *The courts and social policy*, Brookings Institution, Washington, 1977;
- **Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, Sept. 2007, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, párr. 250, disponible en línea: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescindice.sp.htm> (acceso: mayo de 2019);
- **Isacharoff, Samuel**, *Fairness in aggregation*, Procesos Colectivos, I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 6-9 de Junio de 2012, pp 31-50;
- **Lorenzetti, Ricardo L.**, *Justicia colectiva*, RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, 2010;
- **Lorenzetti, Ricardo**, *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008;
- **Marinoni, LuizGuilherme**, *El derecho de acción como derecho fundamental*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2015;
- **Rodríguez Garavito, C. – Rodríguez Franco, D.**, *Cortes y cambio social*, Colección Dejusticia, Colombia, 2010;
- **Sabel, Ch. – Simon, W.**, *Destabilization rights: how Public Law litigation succeeds*, 117 Harvard Law Review, 1016 (2003-2004);
- **Taruffo, Michele**, *La tutelacollettiva: interessi in gioco edesperienze a confronto*, RivistaTrimestrale di Diritto e ProceduraCivile, Anno LXI, Fasc. 2 – 2007, pp 529-537 (530);
- **Taruffo, Michele**, *Notes oncollectiveprotection of rights*, publicado en: *Procesos Colectivos*, I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, Junio 2012, pp 23-30;
- **Taruffo, Michele**, *Some Remarks on group litigation in comparative perspective*, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 11:405 (p 407);
- **Ucín, María Carlota**, *La necesaria tutela diferenciada de los DESC. Apuntes sobre la función remedial del Poder Judicial*, en Berizonce, Roberto (Coordinador), *Aportes para una justicia más transparente*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, pp 171-191;
- **Ucín, María Carlota**, : *La trama policéntrica del Litigio de Interés Público*, publicado en la obra colectiva *Análisis de las bases para la reforma procesal Civil y Comercial*, (Jorge Rojas, Coordinador), RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, 2018;
- **Ucín, M. Carlota**, *Litigio de interés público: la voz de los sin voz*, Revista Actualidad Jurídica General, N° 180, año 2010, Editorial Nuevo Enfoque, Provincia de Córdoba, pp393-402.