

Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina

Francisco Verbic *

I. Introducción

Este trabajo pretende reflejar las ideas presentadas por el autor en el marco de las *Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, organizadas por la Comisión de Jóvenes de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y celebradas en la Ciudad de San Miguel de Tucumán el día 30 de Marzo de 2012.¹

En dicha ocasión me tocó compartir la mesa con Victoria Mosmann y Federico Sedlacek. El objetivo que teníamos asignado era discutir algunos aspectos de los proyectos legislativos y procesos de reforma que actualmente se encuentran en trámite en materia de tutela colectiva de derechos.

Con antelación al encuentro intercambiamos distintas ideas, posibles perspectivas de análisis y algunas propuestas concretas de abordaje con la finalidad de ofrecer una presentación articulada sobre el tema. Tema cuya extensión y complejidad claramente excedían el poco tiempo que teníamos asignado para disertar.

El diálogo fue enriquecedor y derivó en una organización del panel que permitió discutir –si bien en una apretada síntesis- al menos algunos de los contornos más importantes del asunto.

El trabajo que ahora presento se encuentra estructurado en 4 partes principales y algunas conclusiones finales.

En primer lugar desarrollaré brevemente la evolución histórica de la tutela colectiva de derechos en la República Argentina. El objetivo es poner el tema en contexto para poder comprender mejor las críticas efectuadas más adelante con relación a los proyectos legislativos en trámite.

Luego, enumeraré las iniciativas que se encuentran en debate ante el Congreso de la Nación y me ocuparé de mostrar el primer problema que puede advertirse con relación a ellas, a saber: la ausencia de previsiones sobre cómo habrá de operar la nueva ley con relación a otras normas vigentes que ya regulan algunos aspectos del tema.

Sobre este piso de marcha, en la tercera parte del trabajo presentaré tres críticas generales que valen –en mayor o menor medida- para todos los proyectos. Me refiero a:

* Abogado y Profesor de Derecho Procesal (UNLP). LL.M. in International Legal Studies (NYU). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA) y en Derecho Civil (UNLP). Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial (UNLP). Prosecretario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y miembro de su Comisión de Jóvenes. Miembro Ordinario de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Más información y algunas publicaciones disponibles para descargar en www.franciscoverbic.com.ar

¹ El lugar es propicio para felicitar -una vez más- a Fernanda Silva y su equipo de colaboradores, tanto por la organización del encuentro como por la calidez con que nos recibieron en su ciudad.

(i) la imitación del mecanismo federal de acciones de clase estadounidense; (ii) la sorprendente falta de consideración de numerosos antecedentes jurisprudenciales, doctrinarios y legislativos en la materia; y (iii) la insistencia en acudir al amparo como vía procesal para discutir sobre conflictos colectivos.

Por último, desarrollaré una crítica respecto de tres cuestiones puntuales que entiendo de fundamental importancia para lograr un sistema procesal colectivo eficiente. Cuestiones que –a pesar de ello- se encuentran defectuosamente reguladas en los proyectos o bien ni siquiera tratadas. Me refiero a la certificación de la acción, el requisito de la representatividad adecuada y los mecanismos de liquidación y ejecución de sentencias colectivas.

Antes de avanzar cabe formular una aclaración: el análisis aquí efectuado se refiere exclusivamente al ámbito nacional, más allá de alguna referencia tangencial que pueda realizarse a algunos sistemas de derecho provincial. Ello así no porque los desarrollos de derecho local sean menos importantes (de hecho, al contrario de lo que pudiera suponerse estos son –al menos en ciertos casos- más interesantes que sus pares nacionales), sino porque así fue consensuado oportunamente con mis colegas y amigos con quienes me tocó compartir el panel.

II. Evolución histórica de la tutela colectiva en la República Argentina

La evolución de la tutela procesal colectiva de derechos en la República Argentina puede ser dividida en 4 etapas históricas, marcadas por ciertos hitos que determinaron un antes y un después en la discusión sobre el tema.

Estas etapas se presentan aquí con cierto margen de discreción y tal vez hasta con algo de arbitrariedad. Sólo persiguen como objetivo poner el tema en contexto y presentar el tipo de discusiones generadas en torno al asunto a lo largo de los últimos 30 años. Discusiones que, como veremos, también fueron evolucionando al compás de los acontecimientos.²

1. Primera etapa

El inicio de la primera etapa histórica puede ubicarse a comienzos del año 1983 con el dictado del fallo “Kattan” y se extiende hasta la reforma de la Constitución Nacional (en adelante “CN”) operada en el año 1994.³

Durante este período la principal discusión en los tribunales de nuestro país, y también en el campo doctrinario, giró en torno al alcance de la noción de “intereses difusos”. Intereses que eran considerados como algo diferente de las situaciones jurídicas reconocidas por la vieja trilogía administrativista “derecho subjetivo/interés legítimo/interés simple”. Su principal fundamento reposaba en los derechos implícitos reconocidos por el art. 33 de la CN, ya que no existía por entonces nada parecido al actual art. 43 de la CN.

² Reitero en este apartado, con algunas modificaciones menores, lo expuesto en VERBIC, Francisco “*Tutela colectiva de derechos en argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia*”, RDP 2012, Número Especial “Procesos Colectivos”.

³ “Kattan, A. E. y otro c. Gobierno nacional -Poder Ejecutivo”, Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Contenciosoadministrativo Federal N° 2, sentencia del 22/03/83, L.L. 1983-D-568.

En otro orden, se discutía también por entonces si el Poder Judicial contaba con competencia para entender en este tipo de asuntos. Sobre este punto hubo ciertos sectores de la doctrina que bregaron fuertemente por cerrar las puertas de la justicia a reclamos colectivos, argumentando sobre la supuesta falta de capacidad política y aptitud funcional del Poder Judicial para resolver conflictos que involucran grandes números de personas.⁴

Ya sobre el final de esta etapa fue sancionada la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. Si bien se trata de una ley sustancial o de fondo, el texto sancionado por el Congreso contenía provisiones relativas a la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor y al alcance de la cosa juzgada de los efectos de la sentencia a dictarse con motivo de la actuación de tales organizaciones. Sin embargo, el Poder Ejecutivo vetó el artículo sobre cosa juzgada al promulgar la ley y provocó una seria ruptura de la coherencia interna del sistema.

En pocas palabras, creo que es posible afirmar que se trató de una etapa embrionaria donde la cuestión principal (enfocada desde diversas perspectivas) giraba en torno a determinar los límites del Poder Judicial para juzgar asuntos que involucraban grandes grupos de personas y que –justamente por tal motivo– desbordaban el cauce tradicional de debate en sede jurisdiccional.

La determinación de esos límites era sumamente difícil de alcanzar en el contexto de un ordenamiento jurídico que carecía de normas constitucionales y procesales que pudieran sustentar y guiar semejante actuación del Poder Judicial. Tal vez haya sido por este motivo que la respuesta del sistema de justicia ante pretensiones de índole colectiva fue esquiva en la mayoría de las oportunidades.

2. Segunda etapa

La segunda etapa se inicia con la reforma constitucional de 1994 y se extiende hasta mediados del año 2006, cuando la CSJN dictó el fallo “Mendoza I” (admisibilidad).

La reforma constitucional construyó un modelo híbrido en materia de legitimación colectiva.⁵ En efecto, sus raíces pueden rastrearse tanto en el sistema de acciones de clase estadounidense (de allí la figura del individuo “afectado” como alguien capaz de representar a todo un grupo de personas), como en el modelo asociativo y de participación de organismos públicos propio de los países europeos (de allí la figura de las asociaciones intermedias y el ombudsman como sujetos con capacidad para accionar colectivamente, a las cuales puede agregarse el Ministerio Público habida cuenta la nueva fisonomía que acordó a éste el art. 120 CN).

Más allá de esta particularidad, lo cierto es que el reconocimiento de actores sociales con legitimación colectiva y el reconocimiento de una nueva categoría de derechos (“de incidencia colectiva”) en el 2do párrafo del art. 43 CN llegaron prácticamente sin aviso previo y produjeron una verdadera revolución en la comunidad jurídica.

⁴ En este sentido ver por ejemplo el trabajo de BARRA, Rodolfo “Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial”, ED 146-829.

⁵ “Mendoza, Beatriz y o/s. c/ Estado Nacional y o/s. s/ Daños y perjuicios”, CSJN, sentencia del 20/6/06, LL 2006-F-355.

A partir de entonces quedó bastante claro que el Poder Judicial se encuentra habilitado para resolver conflictos colectivos (lo cual, por supuesto, no implica que el tema se siga discutiendo hasta el día de hoy). Es que el constituyente impuso con la reforma un límite de principio al legislador, un punto de partida ineludible: el ordenamiento argentino contempla la existencia de situaciones jurídicas colectivas y también contempla la posibilidad de que los conflictos que involucren situaciones de ese tipo sean dirimidos en sede judicial. La competencia de los jueces en la materia, entonces, se presenta como algo innegable.

A partir de ese momento también quedó bastante claro el sinsentido de exigir al legitimado que demuestre ser titular de la relación jurídica que busca discutir en sede judicial (si bien hasta la propia CSJN exigió eso al Defensor del Pueblo durante esta etapa, algo todavía difícil de justificar).⁶ En este punto la reforma nos hizo volver a revisar las clásicas enseñanzas de Calamandrei, recogidas entre nosotros por Palacio, en cuanto a la necesidad de separar ambas nociones y aceptar que puede existir legitimación en la causa sin que necesariamente el sujeto resulte titular del derecho que pretende defender.⁷

Se trata de un período rico en debates y profuso a nivel jurisprudencial. Al inicio, gran parte de la discusión giró en torno al significado y alcance de cuatro cuestiones: (i) la noción “derechos de incidencia colectiva”; (ii) la legitimación de cada uno de los sujetos contemplados en el art. 43 CN; (iii) el alcance subjetivo de la cosa juzgada colectiva; y (iv) la vía procesal por medio de la cual debían canalizarse este tipo de pretensiones.

Luego, el debate se centró más específicamente en la posibilidad de tutelar situaciones que no involucraban un objeto mediato indivisible -como podría ser la recomposición del medio ambiente- sino situaciones pluriindividuales homogéneas -como por ejemplo los daños padecidos por cada uno de los miembros del grupo afectado con motivo del daño al medio ambiente.

Vale señalar que durante esta etapa se aprobó el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, una iniciativa desarrollada en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal durante la presidencia del Dr. Roberto Berizonce y de la cual formaron parte muchos de los juristas más importantes de la región (encabezados por tres profesores brasileños que cuentan con sobrados antecedentes en la temática).⁸

En el orden interno, mientras tanto, el Congreso de la Nación sancionó la Ley General del Ambiente N° 25.675. Allí fueron incluidas diversas previsiones procesales en materia de legitimación (ampliando el espectro determinado por el art. 43 CN), cosa juzgada y otros aspectos del trámite del proceso colectivo ambiental (por ejemplo, una acción de cese que puede ser interpuesta por “toda persona”, art. 30, 3er párrafo).

Por su parte, la CSJN no se quedó atrás y durante esta etapa reguló la figura del *amicus curiae* para causas de trascendencia institucional (Acordada N° 28/2004). Esta

⁶ Ver las críticas a tal jurisprudencia en VERBIC, Francisco “La (negada) legitimación activa del defensor del pueblo de la nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2007-I.

⁷ CALAMANDREI, Piero “Instituciones de derecho procesal civil”, Tomo I, pp. 257-268; PALACIO, Lino E. “Derecho procesal civil y comercial”, Tomo I, pp. 405- 411.

⁸ Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi. La versión final del Código Modelo está disponible acá: http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdireitoprocessual.org.br%2FfileManager%2FCodigo_Modelo_de_Proceso_s_Colectivos_Para_Iberoamerica.docx&ei=Fr6CT6reJdKatwfug9CPBg&usq=AFQjCNEdmIZARIGjws7XTRfFyc_4UCIUJg.

regulación amplió considerablemente las posibilidades de participación ciudadana en el contexto de casos colectivos.

Ya arribando al final de esta etapa, la CSJN se pronunció en la causa “*Verbitsky*” haciendo lugar a un habeas corpus colectivo promovido por el CELS en representación de todas las personas privadas de su libertad y alojadas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires.⁹ Esta decisión confirmó que la vía del amparo no era la única habilitada para promover este tipo de reclamos colectivos, y puso en evidencia que –aun a falta de regulación especial- ciertas cuestiones que iban más allá del medio ambiente y el derecho del consumo también podían canalizarse en clave colectiva hacia el seno del Poder Judicial.

3. Tercera etapa

La tercera etapa comienza a mediados del año 2006 con la sentencia recaída en “Mendoza I” y se extiende hasta febrero del año 2009 cuando la CSJN dictó el fallo “Halabi”.¹⁰

La causa “Mendoza” versa sobre la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo. Se trata de un conflicto de carácter interjurisdiccional que tramita en instancia originaria de la CSJN y afecta millones de personas. El conflicto fue llevado a la justicia por un pequeño número de sujetos afectados, quienes demandaron al Estado Nacional, la Ciudad de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires, 14 Municipios y 44 empresas para obtener de ellos la recomposición del daño ambiental colectivo y la indemnización de los perjuicios sufridos individualmente por todos los miembros del grupo.

En “Mendoza I” La CSJN abrió la instancia luego de aproximadamente tres años de discusión interna y efectuó un deslinde de pretensiones que generó nuevos debates y aclaró en gran medida algunos de los interrogantes por entonces planteados.

Así, como resultado de esta sentencia, la pretensión de los actores enderezada a obtener la recomposición del bien colectivo dañado quedó tramitando ante el máximo tribunal, mientras que las situaciones de daño individual -en cambio- fueron derivadas ante los jueces que correspondiera según las reglas ordinarias de competencia (situaciones que “*eventualmente, podrían ser calificadas como intereses individuales homogéneos*” según manifestó la Corte en el considerando 17° de su decisión).

Durante esta tercera etapa lo más relevante fue el avance sobre la discusión de distintas cuestiones de trámite que hasta entonces habían sido opacadas por la legitimación y la cosa juzgada. Sucede que el caso “Mendoza” mostró en todo su esplendor las limitaciones del instrumental procesal vigente para administrar causas que involucran conflictos colectivos.

Como consecuencia de ello se impuso la necesidad de revisar aspectos tales como los requisitos específicos en materia postulatoria, la intervención de terceros, las reglas de competencia territorial y por conexidad, los sistemas de publicidad y notificaciones, la celebración de audiencias públicas y la participación de *amicus curiae* en el contexto de causas colectivas, entre otras.

⁹ “*Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus*”, CSJN, sentencia del 03/05/05, *Fallos* 328:1146.

¹⁰ “*Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*” CSJN, sentencia del 24/02/2009, *Fallos* 332:111.

En este período vio la luz la Acordada de la CSJN N° 30/2007, por medio de la cual se regularon las audiencias públicas a celebrarse en determinadas causas que tramitan ante los estrados del máximo tribunal. Según la reglamentación, para proceder a utilizar el mecanismo basta la decisión de tres de los miembros de la Corte -lo cual facilitó que fueran más de una las causas en que se discutió públicamente sobre distintos aspectos de relevancia.

Asimismo, fue durante esta etapa que el Congreso de la Nación reformó la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 por medio de su par N° 26.361. La reforma incorporó al estatuto del consumidor numerosas previsiones procesales de tipo colectivo, incluyendo la posibilidad de tutelar derechos individuales homogéneos, el mecanismo de *fluid recovery* como modo de liquidación colectiva de la sentencia, el Defensor del Pueblo como sujeto habilitado para actuar en este campo (cuestión hasta entonces muy debatida en la jurisprudencia a pesar de la claridad del texto constitucional), el beneficio de justicia gratuita para quienes promuevan acciones colectivas, los requisitos para arribar a una transacción válida y el alcance de la cosa juzgada, entre otras.¹¹

Mientras tanto, en el campo jurisprudencial se dictaron relevantes decisiones por parte de la CSJN.¹² Decisiones que -especialmente a través de sus disidencias- pocos meses después de "*Mendoza I*" instalaron nuevos aspectos del tema sobre la mesa de discusión, interpelaron al poder legislativo con motivo de la falta de sanción de una ley en la materia, y comenzaron a vislumbrar lo que habría de ser la posición mayoritaria del tribunal en el caso "*Halabi*" (me refiero especialmente a las decisiones recaídas en "*Monner Sans*",¹³ "*Ministerio de Salud y/o Gobernación*",¹⁴ "*Mujeres por la Vida*"¹⁵ y "*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires*").¹⁶

Como si todo lo dicho fuera poco, durante este período la CSJN también se expidió sobre el fondo de una de las pretensiones que tramitaban en el marco de la causa "*Mendoza*". Me refiero a la pretensión de recomposición del ambiente dañado. Y al hacerlo condenó al Estado Nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires a realizar una serie de actividades tendientes a lograr tal objetivo ("*Mendoza II*").¹⁷

Esta sentencia obligó a repensar todavía una cuestión más en torno al tema que nos ocupa. Cuestión teñida para ese entonces por los poco satisfactorios resultados logrados en la ejecución de la decisión recaída en el caso "*Verbitsky*". Me refiero a cómo proceder para implementar decisiones estructurales y qué rol puede jugar la sociedad civil en el monitoreo y control de dicha implementación.¹⁸

4. Cuarta etapa

¹¹ Todas las modificaciones son analizadas en VERBIC, Francisco "*La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361*", RDP, Rubinzal Culzoni, 2009-I

¹² Un buen análisis de todas estas decisiones y sus implicancias puede consultarse en SALGADO, José M. "*La Corte y la construcción del caso colectivo*", L.L. 2007-D-787.

¹³ "*Monner Sans, Ricardo c. Fuerza Aérea Argentina s/amparo 16.986*", CSJN, sentencia del 26/09/06, Fallos 329:4066.

¹⁴ "*Ministerio de Salud y/o Gobernación*", CSJN, sentencia del 31/10/06, Fallos 329:4741.

¹⁵ "*Mujeres por la Vida -Asociación Civil sin Fines de Lucro- filial Córdoba- c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación*", CSJN, sentencia del 31/10/06, Fallos 329: 4593.

¹⁶ "*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Secretaría de Comunicaciones resol. 2926/99 s/amparo ley 16.986*", CSJN, sentencia del 31/10/06, Fallos 329:4542.

¹⁷ "*Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots.*", SCJN, sentencia del 23/07/08, L.L. 10/09/2008.

¹⁸ VERBIC, Francisco "*El caso 'Mendoza' y la implementación de la sentencia colectiva*", JA 2008-IV-336.

La cuarta y última etapa comenzó en febrero del año 2009 con el dictado del fallo “*Halabi*” por parte de una ajustada mayoría de la CSJN y aun se encuentra en pleno desarrollo. Si las cosas continúan avanzando como deberían, entiendo que la culminación de esta etapa tendría que estar marcada por la sanción de una ley procesal adecuada para reglamentar el art. 43 CN.

El caso “*Halabi*” involucraba un planteo de inconstitucionalidad contra una ley formal del Congreso y su Decreto reglamentario. Por medio de esta normativa se exigía a las empresas de telecomunicaciones el registro de conversaciones privadas y su almacenamiento por diez años a fin de ser observadas remotamente por el Ministerio Público Fiscal.

A diferencia del caso “*Mendoza*”, el conflicto ventilado en “*Halabi*” llegó a la CSJN en instancia de apelación extraordinaria. Además, involucraba un número aun mayor de interesados (el grupo afectado en esta oportunidad comprendía absolutamente todos los usuarios del servicio telefónico).

En esta decisión la mayoría de la CSJN se expidió sobre distintas cuestiones de relevancia en la materia. Primero, confirmó el alcance colectivo que la Cámara de Apelaciones había acordado a la cosa juzgada de la sentencia, reconociendo las raíces constitucionales de esta expansión.

Segundo, determinó los alcances de la noción “derechos de incidencia colectiva” y estableció que los derechos individuales homogéneos forman parte de ella (y que, por tanto, los legitimados colectivos pueden accionar en su defensa). Tercero, estableció las pautas adjetivas mínimas que debe respetar el proceso colectivo en tutela de derechos individuales homogéneos para que pueda ser considerado constitucional en términos de debido proceso legal.

En cuarto lugar el fallo reconoció que la configuración de la “causa o controversia” necesaria para habilitar la intervención del poder judicial se configura de manera diferente según el tipo de derechos que se pretendan defender en justicia (avanzando en este sentido hacia la idea de “causa o controversia colectiva”). Quinto, reconoció la necesidad de controlar la idoneidad del legitimado colectivo para actuar en representación del grupo (requisito de “representatividad adecuada” tomado del modelo federal de acciones de clase estadounidense).

Además del mencionado control de idoneidad, estableció otros requisitos de admisibilidad y procedencia de la acción colectiva. Entre ellos, la precisa indicación del grupo afectado, la necesidad que el planteo se enfoque en las cuestiones comunes y homogéneas a todo el grupo, la importancia de contar con sistemas de publicidad y notificaciones adecuados, y el derecho de los miembros del grupo a optar por salirse del proceso o bien participar como parte o contraparte.

Por último, pero no por ello menos importante, la CSJN intimó al legislador (esta vez por mayoría) a sancionar una regulación procesal adecuada en la materia.

Las derivaciones del precedente “*Halabi*” aun no están del todo claras.

Si bien su dictado configura el hito más importante en la materia desde la reforma constitucional de 1994 y provocó numerosos comentarios y análisis doctrinarios (con tono favorable en su inmensa mayoría), luego de más de tres años la CSJN sólo volvió sobre su alcance en un par de oportunidades y de modo más bien tangencial (en el caso

“Thomas”, medida cautelar contra la Ley de Medios de Comunicación Audiovisual; en una interlocutoria del caso “Mendoza”).¹⁹

La decisión fue realmente importante en términos políticos y como toma de posición del tribunal con respecto al tema. Sin embargo, su contenido presenta diversas inconsistencias y hasta algunos errores conceptuales que derivan en numerosos interrogantes sobre aspectos del proceso colectivo que no han merecido mayor atención entre nosotros hasta el día de la fecha.

Los tribunales y el resto de los operadores jurídicos, mientras tanto, se encuentran utilizando las pautas procesales establecidas por la CSJN en este precedente como guía primordial para la tramitación de las pretensiones colectivas que continúan ingresando, cada vez en mayor número, al seno del Poder Judicial. Es que a pesar de la interpelación que la mayoría de la CSJN hizo al Congreso, éste aun no ha sancionado una regulación adecuada sobre la materia.

III. Los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación y un primer problema para señalar

Si bien el Congreso de la Nación no sancionó hasta el día de la fecha ley procesal alguna que regule en forma sistémica y adecuada los procesos colectivos, luego del fallo “Halabi” fueron muchos los legisladores que se apresuraron a presentar su propio proyecto. Algunos de ellos, incluso, participaron en jornadas académicas sobre el tema (como la Senadora Escudero por ejemplo) o bien movilizaron el aparato de prensa para mostrar en ciertos ámbitos su iniciativa.

Hasta el momento son al menos 8 las iniciativas que cuentan con estado parlamentario. Cuatro de ellas tramitan ante el Senado. Me refiero a los proyectos de Negre de Alonso (expte. N° S-1045/11), Escudero (expte. N° S-204/11), Bortolozzi (expte. N° S-3396/10) y Lores (expte. N° S-18/11). Otras cuatro tramitan ante la Cámara de Diputados. Hablo de los presentados por Yarade y otros (expte. N° 5996-D-2010), Gil Lavedra y otros (exptes. N° 2540-D-2011 y N° 4033-D-2011) y Camaño (expte. N° 4055-D-2011). Todos ellos pueden ser consultados y descargados de la página web oficial de ambas Cámaras.²⁰

Como fuera adelantado, abordaremos algunas de las críticas de estos proyectos más adelante. Sin embargo, vale la pena señalar desde ahora que todos ellos, sin excepción, padecen serios problemas sistémicos y –en algunos casos- contienen lisa y llanamente errores conceptuales de diversa índole.

Uno de tales problemas sistémicos tiene que ver con la falta de previsión respecto de cómo la nueva ley habrá de operar en la práctica con relación a otras normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional que también se ocupan del asunto (por ejemplo, las Leyes N° 25.675 y N° 24.240).

Ninguno de los proyectos parece haber pensado en esta necesaria articulación entre la nueva norma y el contexto donde habrá de operar. Entiendo que esto llevará inexorablemente a una situación de superposición de regulaciones sobre el mismo tema, con las consiguiente dificultades en la aplicación del nuevo régimen..

¹⁹ Ver “Thomas” CSJN, causa T.117.XLVI, sentencia del 15/06/2010, *Fallos* 333:1023; “Mendoza”, CSJN, causa M.1569.XL, sentencia del 10/11/2009, LL 2010-A-350.

²⁰ <http://www.diputados.gov.ar/> y <http://www.senado.gov.ar/>

Frente a este primer problema uno podría pensar en soluciones hermenéuticas de distinto tipo. Por ejemplo, aplicar el principio según el cual ley posterior deroga ley anterior. Pero claro, también podríamos aplicar el principio según el cual la norma especial debe primar sobre la norma general. Cualquiera sea el camino, es altamente probable que existan discrepancias interpretativas entre distintos tribunales y eso no concurrirá a afianzar la seguridad jurídica en este campo.

Se trata de un punto que podría haberse resuelto perfectamente en el texto de los proyectos. Pero claro, para eso debería haberse pensado antes cómo y dónde, en qué contexto legal, habrá de operar la nueva normativa.

IV. Tres críticas generales con relación a los proyectos

1. La imitación del sistema de acciones de clase vigente en el orden federal estadounidense

La mayoría de los Proyectos en trámite se inclinaron por regular un proceso diagramado a imagen y semejanza de la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 de los Estados Unidos de América.

Uno podría pensar que esto no es ningún problema. Por el contrario, podría argumentarse que es una buena decisión del legislador ya que el sistema de acciones de clase estadounidense configura el modelo paradigmático de tutela colectiva de derechos a nivel mundial.

Además, en el país del norte dicho sistema ha brindado respuestas muy interesantes a conflictos colectivos de diversa índole desde hace décadas, y hasta siglos si tomamos en consideración el origen del mecanismo en la jurisdicción de equidad. Desde esta perspectiva de análisis, la decisión del legislador argentino lejos de ser criticada debería ser aplaudida.

Esta es una postura posible, pero –a mi juicio- no del todo plausible. Como usualmente ocurre, el problema no está en lo que esta postura afirma sino en lo que omite tomar en consideración. Me refiero a algunas cuestiones que, si bien son bastante obvias, creo que son olvidadas (consciente o inconscientemente) por quienes así piensan el asunto. En particular, apunto al hecho que el sistema de acciones de clase estadounidense funciona en los Estados Unidos de América. Y los Estados Unidos de América no son la República Argentina.

En efecto, a pesar de que la Constitución Argentina de 1853 copió la estructura orgánica y el mecanismo de separación de poderes de la constitución estadounidense, el marco constitucional es bien diferente entre ambos países (en especial, luego de la reforma que la carta magna argentina sufriera en el año 1994).

El sistema infraconstitucional de tutela de derechos también difiere en gran medida. Y ni que hablar, ya más específicamente, del sistema procesal en el cual las acciones de clase se encuentran enmarcadas.

Con respecto a este último punto no debemos olvidar que la famosa Regla 23 es ni más ni menos que eso: la regla número 23 de un conjunto de reglas que gobiernan distintos aspectos del proceso civil. Es un subsistema dentro del sistema conformado por todas las reglas federales de procedimiento civil. Y en cuanto tal, lógicamente, fue pensado para operar articuladamente con esas otras reglas.

¿Cómo podemos creer que es posible extraer quirúrgicamente la Regla 23 de ese sistema y lograr que funcione correctamente una vez que lo insertemos en el ordenamiento procesal nacional prácticamente sin ninguna adaptación?

Por último, pero no por ello menos importante, aun cuando las diferencias de tipo constitucional y legal deberían bastar por sí solas como advertencia a la hora de trasladar automáticamente el modelo de tutela colectiva estadounidense a nuestro país, esta advertencia se refuerza con las diferencias de tipo social y cultural (profundas, arraigadas) que también existen entre ambos países.

No quiero decir que el sistema de acciones de clase estadounidense sea un mal sistema. Tampoco quiero decir que no debemos tomarlo en consideración como punto de referencia, incluso como punto de partida para el debate. Es más, creo que dicho sistema cuenta con aspectos muy interesantes para imitar. Pero, y esto debe quedar bien claro, hay que trabajar en la adaptación. Hay que trabajar para generar un sistema de acciones de clase “a la argentina”.

Me refiero a un sistema que comulgue con nuestras tradiciones y con nuestro esquema constitucional, que se articule con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, que pueda insertarse sin inconvenientes en un escenario que ya cuenta con algunas regulaciones sobre el tema, que contemple la realidad social y cultural donde habrá de operar.

Si trabajamos sobre todas estas variables podremos tomar una decisión informada, lo cual –a su turno- permitirá avanzar en la sanción de una regulación que pueda operar eficientemente.

Insisto: no hay ningún problema con optar por un modelo como el estadounidense (en lugar de uno como el brasileño, por ejemplo). Lo que intento poner de resalto es que cualquiera sea el sistema que tomemos como referencia debemos intentar hacer lo que Kahn-Freund denominaba “transplante responsable”.²¹ Máxime cuando de ello depende ni más ni menos que la efectiva operatividad del sistema una vez que la ley sea sancionada (de lo cual depende –a su turno- la efectiva vigencia de los derechos de incidencia colectiva).

2. La (sorprendente) falta de consideración de antecedentes sobre la materia a la hora de elaborar los proyectos

De acuerdo con todo lo expuesto al desarrollar la evolución histórica de la tutela colectiva de derechos en argentina (apartado II. de este trabajo), es evidente que los legisladores nacionales cuentan con un bagaje muy importante de antecedentes jurisprudenciales, legislativos y doctrinarios para trabajar sobre el tema. Antecedentes generados no sólo a nivel nacional sino también a nivel provincial y comparado.

A pesar de ello, todo parece indicar que los proyectos en trámite ante ambas cámaras del Congreso de la Nación no han tomado en consideración prácticamente ninguno de ellos.

Tal vez el ejemplo más claro para justificar esta crítica pueda encontrarse en el proyecto de la Senadora Escudero (expte. N° S-204/11). Como se explica en los

²¹ KHAN-FREUND, Otto “*Sull’uso ed abuso del diritto comparato*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1975, pp. 785 y ss.

fundamentos de este proyecto, se trata de una iniciativa que tomó como principal fuente de inspiración otro proyecto que, allá por el año 2000, presentó el Senador Bauzá con el objetivo de regular la materia.

La comparación de ambos proyectos (Escudero / Bauzá) refleja muy pocos cambios, prácticamente ninguno de sustancia. Esto es por lo menos sorprendente a poco que revisemos todo lo que ocurrió en torno al tema que nos ocupa durante los últimos 10 años, tanto a nivel jurisprudencial como normativo y doctrinario.

Por más que en los fundamentos de la iniciativa presentada en el año 2011 su propulsora señale que el viejo proyecto *“contempla adecuadamente la mayoría de los aspectos relativos a este tipo de acciones con una notable adaptación al orden jurídico nacional”*, lo cierto es que una rápida lectura del mismo permite advertir que distintas cuestiones presentadas en *“Halabi”* como contenidos adjetivos mínimos del proceso colectivo no fueron consideradas.

Hablamos de contenidos mínimos que, curiosamente, los propios fundamentos del proyecto reproducen. Un ejemplo bastará para que se entienda lo que digo: ¿cómo puede considerarse que la elección del representante en el marco de una “junta de clase” y por mayoría de votos tiene algo que ver con el requisito de idoneidad (representatividad adecuada) exigido por la CSJN en *“Halabi”*? (por no hablar de dónde habría de celebrarse una junta de clase con los más de cinco millones de personas involucradas en la causa “Mendoza”...).

El resto de los proyectos no “confesaron” con tanta claridad esta falta de análisis y trabajo sobre el material disponible para obtener una mejor regulación del asunto. Sin embargo, la lectura de tales proyectos parece arrojar una misma conclusión. Me refiero a la preocupante ligereza con que han sido propuestas las soluciones legislativas para el tema que nos ocupa. Soluciones de las cuales se desprenderán relevantes consecuencias sociales, económicas y hasta políticas una vez que sean puestas en marcha.

Esta falta de consideración de los numerosos y diversos antecedentes disponibles en nuestro país para trabajar sobre el tema tal vez pueda explicar, al menos en parte, el porqué de la imitación casi al pie de la letra del sistema de acciones de clase estadounidense. Imitación que, como señalamos, caracteriza la mayoría de los proyectos.

3. La (también sorprendente) insistencia de algunos en considerar al amparo como una vía idónea para resolver conflictos colectivos

Al menos uno de los proyectos que se encuentran en trámite propone regular un “amparo colectivo” como mecanismo para tutelar derechos de incidencia colectiva (expte. N° 2540-D-2011). Ello a pesar de que la jurisprudencia, la doctrina y hasta el sentido común exigen alejarse de ese tipo de vía procesal rápida y expedita cuando de enfrentar conflictos colectivos se trata.²² Al menos, como vía general de discusión.

En efecto, nuestra jurisprudencia ha sostenido en innumerables ocasiones que el amparo es inadmisibles cuando el conflicto que se pretende canalizar por su intermedio al

²² Coinciden en este punto SALGADO, José M. *“Tutela individual homogénea”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 55; GIANNINI, Leandro *“La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pp. 194 y ss.; VERBIC, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 330-335.

seno del Poder Judicial exige mayor amplitud de debate o prueba. La pregunta que se impone es: ¿hay algún proceso colectivo que no exija mayor amplitud de debate y prueba? Si los hay, son los menos.

De hecho, la propia CSJN ha confirmado esta afirmación. Recordemos que dicho tribunal ha reconducido de oficio (hacia un proceso de conocimiento ordinario) numerosas pretensiones promovidas como amparos colectivos (tanto en materia de medio ambiente como de consumo).

La doctrina, a su turno, durante los primeros años que siguieron a la reforma constitucional de 1994 se inclinó por sostener que el amparo colectivo era una vía idónea debido –a mi modo de ver- a la terminología utilizada por el art. 43, 2do párrafo de la CN. Sin embargo, a medida que la realidad se fue imponiendo sobre las especulaciones teóricas y las etiquetas jurídicas, la inmensa mayoría de los autores que trabajan sobre el tema se inclinaron por reclamar un proceso colectivo que permita un amplio margen de debate y prueba para las partes.

En cuanto al sentido común, como señaló Oteiza en la conferencia de cierre de las Jornadas que motivan este trabajo, es bastante evidente que no parece adecuado acudir a una vía sencilla y rápida para resolver asuntos de alta complejidad como son los que involucran conflictos colectivos.

Es por tal motivo que la presente crítica también le cabe al proyecto del Senador Bortolozzi (expte. N° S-3396/2010), el cual establece en su art. 6° que *“Los procesos de acciones de clase se sustanciarán bajo las normas del proceso sumarísimo...”*.

El amparo (u otra vía sumarísima) tal vez puede ser una vía idónea para canalizar pretensiones colectivas. Pero lo será –en todo caso- sólo como excepción. Es por ello que no creo conveniente regular una ley de amparo colectivo cuando todavía no existe una ley que se ocupe adecuadamente del trámite de los procesos colectivos en general. Y por la misma razón tampoco creo conveniente acordar como regla el trámite de un proceso sumarísimo a este tipo de litigios.

V. Tres cuestiones puntuales de suma relevancia para la efectividad de la tutela colectiva. Su defectuosa (o ausente) regulación en los proyectos

1. La certificación de la acción de clase

Las consecuencias de tramitar una causa en clave colectiva son de diversa índole, tanto para el tribunal como para la parte actora y –muy especialmente- la parte demandada.

Además del cambio de reglas de debate que ello supone, es fundamental tener en cuenta cuál será el resultado de ese debate: una decisión judicial que resuelve el conflicto mediante una sentencia cuya cualidad de cosa juzgada se expande (si bien de distintas maneras según el sistema que se adopte) sobre todos los sujetos involucrados en el conflicto.

Tomando esto en consideración, resulta esencial conocer desde una etapa bien temprana del proceso si el asunto tramitará como una causa colectiva o como una causa individual.²³

En el sistema estadounidense ello se determina por medio de una sentencia interlocutoria que “certifica” la acción como una acción de clase. Hasta el momento en que se dicta esta sentencia no hay verdaderamente proceso colectivo alguno.²⁴

Para poder determinar si el proceso será de tipo colectivo (en el sistema estadounidense: para certificar la acción de clase), a su turno, es necesario que el tribunal de justicia corrobore la presencia de una serie de requisitos. Estos requisitos están orientados al menos a dos finalidades. Por un lado encontramos algunos que justifican la tramitación del proceso en clave colectiva (como ocurre con la impracticabilidad del litisconsorcio y con aquel que exige la presencia de un representante que pueda defender adecuadamente los intereses del grupo). Por otro lado tenemos aquellos que determinan la viabilidad misma de la discusión en clave colectiva (como sucede con la existencia de cuestiones de hecho o de derecho comunes al grupo y con el carácter típico de los argumentos o defensas que se pretendan invocar). Ausentes los requisitos del primer tipo, la discusión colectiva no tiene razón de ser. Ausentes los del segundo tipo, la discusión colectiva no puede desarrollarse.

Lógicamente, la presencia de estos requisitos exige del juez el análisis de cuestiones de hecho y de derecho. Habida cuenta la mencionada gravedad de las consecuencias que implica tramitar un conflicto en clave colectiva, resulta también evidente que la determinación judicial sobre la configuración de tales requisitos exige una sustanciación adecuada entre las partes. Fuera de la lógica y el sentido común, estamos hablando nada más y nada menos que de respetar la garantía de debido proceso legal.

¿Cómo se ocuparon los proyectos de regular el modo en que debe tomarse esta (necesaria, temprana y previamente sustanciada) decisión judicial sobre si la causa tramitará en clave colectiva o no? Algunos directamente omitieron referirse al asunto. Otros, por el contrario, contienen previsiones al respecto pero diagramadas de manera inadecuada por dos motivos: (i) lo acotado de los tiempos en que se pretende sustanciar el incidente; y/o (ii) el hecho de no prever ningún tipo de sustanciación previa para resolver el asunto. Volveré sobre algunos ejemplos específicos de esto en el apartado siguiente.

2. El requisito de la representatividad adecuada

Los procesos colectivos configuran un mecanismo de enjuiciamiento excepcional. Ello así por cuanto su puesta en práctica supone una limitación a la autonomía individual de los miembros del grupo afectado, quienes ya no pueden tomar la decisión de reclamar o no ante la justicia, cuándo hacerlo o con qué argumentos.

Todo esto ocurre como consecuencia del tipo de proceso colectivo por el cual optó el constituyente en el año 1994. Un tipo de proceso que es similar al regulado por las acciones de clase estadounidenses. En efecto, de entre las distintas alternativas que

²³ GIANNINI, Leandro “*La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pp. 92-96; VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 81-86; SALGADO, José M. “*Tutela individual homogénea*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 210 y ss.

²⁴ VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 81-86.

podrían utilizarse para defender en un solo litigio la situación de grandes grupos de personas, nuestra CN eligió un modelo de tipo representativo.

Este modelo de tutela colectiva supone la presencia de un determinado sujeto o un pequeño grupo de ellos que se autonoma como representante del grupo afectado y lleva adelante el caso en sede judicial. Esta representación es atípica ya que no hay autorización expresa de parte de los miembros del grupo para que tal sujeto pueda actuar en su nombre. Es más, en muchos supuestos tal representación se da en ausencia de conocimiento por parte de los miembros del grupo, y –en ciertos casos- incluso contra la voluntad expresa de algunos de ellos.

Si tomamos esto en consideración y recordamos una vez más cuáles son las (serias) consecuencias que se desprenden de la sentencia colectiva a dictarse como consecuencia de la actuación de dicho atípico representante, podemos llegar sin mayores esfuerzos a la necesidad de exigir que éste se encuentre en condiciones de dar una robusta discusión sobre el asunto y que no esté inmerso en ningún conflicto de interés.

La legitimidad constitucional del sistema colectivo depende de ello, así como su verdadera eficacia.

Sucede que si no se garantiza una adecuada defensa de los derechos del grupo afectado por medio del control de las cualidades de su representante, la sentencia a dictarse no podrá ser opuesta a los miembros de tal grupo por evidentes razones de debido proceso legal.²⁵

Es por todo lo expuesto que debemos distinguir la legitimación que con carácter general y abstracto reconocen los art. 43, 2do párrafo, 86 y 120 de la CN (y sus leyes reglamentarias), por un lado, de la legitimación que en concreto debe tener cualquiera de estos legitimados para actuar en un caso específico, por el otro. La legitimación en el caso concreto estará indisolublemente ligada a la demostración de las cualidades de quien pretenda asumir la representación del grupo.

Sucede que las características del caso particular pueden hacer del legitimado colectivo alguien no adecuado para la defensa del grupo. Las razones por las cuales ello puede suceder son de diversa índole. Una de las más interesantes, por ejemplo, es la que involucra un “conflicto de agenda” que impide a determinado sujeto dar una discusión robusta sobre el asunto por conflictos de interés.

A partir de “*Halabi*” los tribunales de todo el país han comenzado, tímidamente y en ocasiones aisladas, a exigir el cumplimiento de este requisito esencial del sistema procesal colectivo. El Anteproyecto de Código Civil contenía en su versión original un artículo dedicado específicamente al tema. Como ya mencioné, hubiera sido conveniente mantener esta previsión ya que no sólo establecía el requisito en el texto de la ley, sino que además lo hacía de una buena manera. Cuando digo buena manera me refiero a que

²⁵ Ver OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco ““*La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi”?*”, SJA 10/03/2010 (donde desarrollamos una fuerte crítica a los estándares que utilizó la CSJN para tener por configurado en instituto en el caso “*Halabi*”).

proveía estándares para su evaluación mucho más aptos de los que brindó la CSJN en “Halabi”.²⁶

En lo que respecta a los proyectos de ley, es curioso ver cómo -a pesar de la clara manda contenida en “Halabi”- prácticamente ninguno se ha ocupado de regular el instituto de la representatividad adecuada. Ello con excepción de los proyectos de Camaño (expte. N° 4055-D-2011) y Gil Lavedra y otros (expte. 4033-D-2011). Sin embargo, a pesar de regular el instituto estos dos proyectos no proveen estándares para su control y administración.

El primero de ellos simplemente establece en su art. 1 inc. 4°, como un requisito de la acción, lo siguiente: *“Que los representantes de la clase protejan en forma justa y adecuada los intereses de la clase”*. También contempla la necesidad de certificar la acción de clase por parte del juez. Todo casi idéntico a lo previsto en el sistema estadounidense, pero para operar en un contexto procesal muy diferente al estadounidense como ya explicamos.

El segundo de los proyectos mencionados establece en su art. 3 inc. “d” que la acción requiere *“Que la representación de la clase sea adecuada”*. Además, esta iniciativa prevé una especie de etapa de certificación en su art. 15 al establecer allí que *“El juez se debe pronunciar sobre la admisibilidad de la acción y la adecuada representación de la clase en el plazo de quince (15) días desde la contestación de la demanda o desde el vencimiento del plazo para ello”*. Aquí se destaca lo exiguo del plazo, pero al menos el mismo fue incorporado.

A primera vista podría pensarse que otra excepción a la crítica aquí planteada es el proyecto del Senador Lores S-18/11, el cual establece en su art. 3 inc. 4 (como uno de los *“requisitos previos de una acción de clase”*) el siguiente: *“Las partes representativas van a proteger los intereses de la clase en forma justa y adecuada”*. A pesar de ello hay tres aspectos de este último proyecto que demuestran que dicho recaudo constitucional elemental no ha sido –valga la redundancia- adecuadamente regulado.

En primer lugar, no se proveen estándares para administrar el instituto. Esto podría no ser tan grave, pero en segundo lugar encontramos que el proyecto tampoco prevé una etapa de certificación donde sustanciar y resolver si el requisito se encuentra presente o no. Finalmente, lo peor de todo, el propio proyecto establece en su art. 8 que *“La elección del representante se hará por medio de una votación, y el integrante que obtenga mayor número de votos será el encargado de representar a la clase”*. La mayoría de votos, como ya señalé más arriba, nada tiene que ver con la calidad del representante.

²⁶ El Anteproyecto contenía la siguiente previsión, eliminada por el Poder Ejecutivo: *“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”*.

3. Ausencia de mecanismos adecuados para liquidar y ejecutar sentencias colectivas

Los procesos colectivos pueden desembocar en dos tipos de sentencias de condena que presentan particulares problemas a la hora de su liquidación o ejecución: (i) condena a una obligación de dar, que puede ser por daños y perjuicio o por restitución de sumas percibidas indebidamente; y (ii) condena a una obligación de hacer o no hacer, que puede adquirir cierta complejidad en los denominados casos de reforma estructural.

En ambos supuestos el instrumental procesal clásico se muestra insuficiente para proceder a la liquidación y/o ejecución de las mandas contenidas en las sentencias colectivas.²⁷

Con respecto a las sentencias colectivas de condena por daños y perjuicios o restitución, un claro ejemplo de ello puede verse en aquellos supuestos donde no resulta posible liquidar individualmente el daño sufrido por los miembros del grupo representado debido a la imposibilidad de determinar precisamente quiénes son tales personas.

Otro supuesto -bastante frecuente por cierto- se presenta cuando es posible proceder a tal liquidación, pero hacerlo (y distribuir los resultados) insumiría un costo demasiado alto como para justificar la actividad.

En cuanto a las sentencias que obligan a llevar adelante determinada acción, los casos de litigio estructural que tramitaron (y tramitan) ante distintos estrados judiciales del país son paradigmáticos como demostración de la falta de idoneidad de los mecanismos tradicionales de ejecución.

La orden de recomponer el ambiente dañado recaída en el caso “Mendoza II” sirve como ejemplo. Lo mismo ocurre con la manda contenida en “Verbitsky”. Cuando el Poder Judicial debe involucrarse en la reforma de estructuras burocráticas o debe lograr la implementación de complejas decisiones como las mencionadas, lejos de terminar con el dictado de la sentencia podemos decir que lo más difícil del caso recién se inicia en esta etapa.

El derecho comparado ofrece diversas alternativas para enfrentar los problemas operativos que enfrentan jueces y justiciables en este tipo de situaciones.

Para las sentencias de condena a obligaciones de dar, el mecanismo de *fluid recovery* es uno de ellos (de hecho, este mecanismo está expresamente contemplado en el art. 54 de la LDC a partir de la reforma de la Ley N° 26.361). El mismo puede efectivizarse de diferentes maneras tales como crear un fondo *ad hoc* para atender necesidades relacionadas con el grupo que venció en el pleito, derivar las sumas obtenidas en la condena a la financiación de organizaciones que defienden los intereses del sector perjudicado, disponer la baja del precio de determinado servicio que presta la demandada durante una cantidad limitada de tiempo, entre otras.

Para las sentencias de tipo estructural la propia jurisprudencia de nuestro país ha señalado algunos caminos posibles a seguir. Entre ellos: (i) la delegación de la ejecución en un magistrado determinado con específicas competencia para atender la problemática (“Mendoza II”); (ii) la creación de un comité de supervisión en el cumplimiento de la

²⁷ VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 360-364; SALGADO, José M. “*Tutela individual homogénea*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 345-348.

decisión, integrado por organizaciones del tercer sector y organismos públicos (“Mendoza II”); y (iii) la generación de mesas de diálogo donde proponer medidas y resolver diferendos menores a fin de avanzar en la implementación de la decisión (“Verbitsky”).

En el derecho comparado también se cuenta la posibilidad de que ciertos expertos sean designados por el juez de la causa para llevar adelante la ejecución de la decisión (*Special Masters*, también denominados *Officers of the Court*).

A pesar de que la liquidación y ejecución/implementación de muchas decisiones colectivas se presenta como un asunto de gran complejidad, lo cual –insisto- ha sido demostrado en los propios tribunales nacionales y locales, los proyectos de ley en trámite ante el Congreso de la Nación no contemplan previsión alguna para atender la problemática.

VI. Reflexiones finales

A la hora de las conclusiones cabe señalar que es más que bienvenida la iniciativa de los legisladores nacionales. Iniciativa que (y esto debe ser rescatado) busca en general la sanción de una ley procesal abarcadora de cualquier tipo de conflicto colectivo, rompiendo con la lógica sesgada y sectorial que hasta ahora hace depender la aplicación de instrumentos procesales colectivos del tipo de materia en discusión.

Digo que la iniciativa es bienvenida porque la sanción de una regulación sobre el tema se presenta como una necesidad imperiosa en nuestro país. Lo es desde hace casi dos décadas, pero las consecuencias de no contar con ella se han convertido en algo particularmente grave con motivo en la multiplicación de casos colectivos que se ha producido durante los últimos 3 años (esto es, con posterioridad al dictado del fallo “Halabi”).

Tal es la importancia del tema que –como ya señalamos- hasta el Anteproyecto de Código Civil que fue remitido al Congreso de la Nación para su tratamiento contiene algunas previsiones en materia de tutela colectiva de derechos. Sólo algunas, y bien aisladas, ya que el Poder Ejecutivo eliminó las mayores innovaciones que contenía la iniciativa en esta materia.

Sin embargo, aquí estamos: aun sin ley y con proyectos en trámite que son pasibles de las más diversas críticas.

La pregunta que se impone es cómo seguir.

En primer lugar, creo que la discusión no debe agotarse en el ámbito académico si es que pretendemos obtener algún resultado fructífero de ella.

En segundo lugar, creo también que la mejor forma de avanzar en este campo sería implementando una práctica legislativa mucho más participativa, mucho más abierta y decididamente mucho más preparada que la que se ha dado hasta el momento. El impacto social, económico y político que producen este tipo de procesos en el marco de un sistema republicano y democrático de gobierno así lo exige.

Depende de todos los operadores generar canales más fluidos de colaboración, asistencia y discusión entre las universidades y quienes participan del proceso legislativo. El objetivo de estos canales me parece claro: aprovechar la experiencia de ambos espacios institucionales y lograr mejores respuestas de cara a la ciudadanía.