

CONGRESO PROVINCIAL DE DERECHO CAER 2012

PONENCIA: Comisión 2, Derecho Procesal Civil y Comercial

TEMA: Procesos Colectivos y Acciones de Clase. Tutela Judicial Efectiva.

TITULO: “Necesaria regulación legal de los procesos colectivos”

PONENTES: *del Ateneo Entrerriano de Estudios de Derecho Procesal*, Dras. Ana Clara Pauletti, Valentina Ramírez Amable, María Andrea Morales y Valeria M. Barbiero de Debeheres.

CONCLUSION: Es preciso establecer una regulación legal para los procesos colectivos en nuestra provincia, de modo de viabilizar los planteos de derechos de incidencia colectiva reconocidos por la Constitución Provincial y Nacional, y leyes especiales.

Así podrá asegurarse que toda persona (y especialmente las más débiles) reciban una eficaz protección a sus derechos por medio de una vía creada para superar las dificultades que conllevan los reclamos individuales en determinado tipo de conflictos que alcanzan a grupos.

Por permitir el acceso a la justicia, los procesos colectivos están comprendidos en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y oportuna, de modo que su regulación legal importa garantizarla del modo más práctico y solidario, para la más amplia protección de todos los derechos.

La presente ponencia, explica la utilidad y trascendencia constitucional de esta figura procesal, poniendo en evidencia la necesidad de legislarla, para culminar auspiciando que este Congreso Provincial de Derecho haga suya esa moción.

SUMARIO: I-Derechos de incidencia colectiva; II.-Las acciones colectivas en los Tribunales; III-Derecho Procesal Debido y Tutela Judicial Efectiva: mora legislativa en la regulación de los procesos colectivos .

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Cuando hablamos de "derechos de incidencia colectiva" (tal como los llamó la Constitución de 1994), lo hacemos de una expresión genérica que abarca derechos que pertenecen divisible o indivisiblemente a una pluralidad relevante de sujetos, y que por sus especiales cualidades, desbordan los tradicionales mecanismos de enjuiciamiento grupal (intervención de terceros, litisconsorcio)¹.

Conforme a esta conceptualización, deben considerarse incluidos en dicha categoría tanto los derechos transindividuales de objeto indivisible (derechos "difusos"), como los pertenecientes divisiblemente a un grupo relevante de personas, provenientes de un origen común (derechos individuales homogéneos), siempre que se demuestre que el enjuiciamiento concentrado de este tipo de situaciones sea más efectiva y eficiente que la remisión a las vías tradicionales de acumulación subjetiva de pretensiones.

A tales efectos, debe evaluarse especialmente el predominio de las cuestiones comunes por sobre las individuales y la superioridad del proceso colectivo frente a los mecanismos clásicos de protección judicial individual.

Esta determinación de los supuestos que deben incluirse en la categoría de "derechos de incidencia colectiva", permite dar un paso fundamental respecto del modelo de enjuiciamiento grupal que pretendemos para nuestro medio. De ese modo los reclamos no solo podrían ser en defensa de derechos transindividuales de objeto indivisible, o "derechos difusos", sino también para remediar lesiones patrimoniales masivas y dispersas, como para defender derechos y libertades fundamentales susceptibles de fragmentación, pero titularizados por un grupo significativo de afectados imposibilitados de ser reunidos en un litisconsorcio.

Cabe agregar a este capítulo introductorio, que un derecho puede ser "difuso", tal el que se alegue por un sector geográfico afectado por la contaminación del aire y el agua ocasionada por una planta industrial, pero también puede tratarse de un interés individual homogéneo si afinamos el análisis y circunscribimos el estudio a las personas afectadas en su salud y hábitat, y a su vez, podemos encontrar un interés individual homogéneo de índole patrimonial si atendemos las repercusiones de ese tipo en este último grupo, en relación a tratamientos médicos, reparaciones por afectaciones irreversibles, disminución del valor de sus propiedades, etc.

Con ese ejemplo queremos dejar expuesto no solo los tipos de derechos abarcados por el concepto de "derechos de incidencia colectiva", sino que los mismos pueden coexistir en un mismo caso, y que a veces es dificultoso distinguirlos.

¹ Seguimos en esta conceptualización al análisis de Leandro J. Giannini en su estudio crítico a las previsiones que sobre el tema contienen el Anteproyecto y el Proyecto de Reformas al Código Civil y al Comercial, actualmente evaluado por el Congreso de la Nación ("Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial (Aportes para su redefinición)", publicado en DJ, 05/09/2012, 89).

Si bien la jurisprudencia ha sido oscilante, a veces contradictoria, imprecisa y hasta mostrado estar en desarrollo² en relación a los derechos individuales homogéneos de índole patrimonial, por nuestra parte sostenemos que deben ser incluidos en la categoría de los derechos de incidencia colectiva.

Esto porque al recortar la legitimación colectiva para ese tipo de derechos, se genera un incentivo a la ilicitud masiva de pequeña escala individual, produciendo ante la dificultad del reclamo individual, un estado de indefensión incompatible con la garantía del debido proceso, en especial de grupos vulnerables o débiles.

Desde otro ángulo, la pretensión colectiva frente a daños masivos evita la sobreexposición de la judicatura a una multiplicidad infinita de causas sobre cuestiones comunes, cuando podría litigarse sobre las mismas de modo más eficiente y concentrado sobre los puntos homogéneos, dejando los aspectos individuales de la contienda para ser dirimidos en la fase de liquidación³.

LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LOS TRIBUNALES

La jurisprudencia nacional y provincial muestra un nutrido y variado repertorio de casos con incidencia colectiva en sus diversos tipos. Una somera enunciación de los conflictos así articulados, mostrará la trascendencia del vacío procesal legal que motiva nuestra ponencia.

Relacionados con la tutela a consumidores, en el año 2006 en nuestra Provincia fue acogida una acción promovida por una asociación de defensa del consumidor en virtud de la cual se ordenó cesar en el cobro a los titulares de tarjetas de débito de todos los clientes del demandado Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. de un seguro de robo en cajeros automáticos, y devolver montos indebidamente retenidos⁴. A dicho planteo le sucedieron otros de similar índole contra bancos, tarjetas de crédito, servicios de cable, cadenas comerciales, prestadoras de salud, etc.-

En el ámbito nacional las asociaciones de consumidores han incursionado en una multiplicidad de reclamos. A modo de ejemplo recientemente fue acogida una demanda

² LORENZETTI, R.: “Justicia Colectiva”, p.23, Rubinzal-Culzoni, 2010.

³ GIANNINI, L.J.: ob.cit.

⁴ El fallo de primera instancia (confirmado en lo sustancial por las instancias superiores) que hizo lugar a la acción colectiva entablada fue del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 1 de Gualeguaychú, autos “Asociación Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur Proconsumer c. Nuevo Banco de Entre Ríos S.A.”, sentencia del 06/03/2006, public.en LLLitoral 2006 (junio) , 581, DJ 19/07/2006 , 855.

en la que pedían se ordenara a la Secretaría de Comunicaciones que reglamentara el régimen de portabilidad numérica en el servicio de telefonía fija⁵.

En protección del medioambiente la Corte Suprema ha puesto en el sitio de caso emblemático a los autos “Mendoza Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)” (del 08/07/08), pero también Entre Ríos tuvo un resonante conflicto colectivo en el llamado caso del “volcadero”, donde una Asociación Civil sin fines de lucro y vecinos de la Ciudad de Paraná promovieron acción de amparo contra la Municipalidad para que cesen de manera inmediata los focos de incendio producidos por la incineración de residuos que provocaban emisión de sustancias altamente contaminantes para el ambiente⁶.

En cuestiones de salud, la Corte confirmó una sentencia que receptó el amparo de un grupo de entidades no gubernamentales que desarrollaban actividades contra la epidemia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, y obligó al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento, rehabilitación y suministro de medicamentos a los enfermos que padezcan aquella dolencia⁷. En el caso “Viceconde”, la petición estuvo orientada a condenar al Estado a mantener la elaboración de una vacuna⁸, y en Entre Ríos, el Juzgado Federal de Concepción del Uruguay, receptó un amparo colectivo, y ordenó el restablecimiento integral de la cobertura de todas las prestaciones de la obra social OSPLAD para todos los afiliados de la ciudad de Gualeguaychú⁹.

⁵ CNApel Contenciosoadministrativo Fed., sala II, “Proconsumer c. E.N. s/proceso de conocimiento”, 16/08/2012, en: LL, 17/09/2012, 8.

⁶ El juez de grado hizo lugar al amparo y condenó a la Municipalidad a que erradicara los basurales, impidiera los focos ígneos y la propagación de sustancias contaminantes y a que diera estricto cumplimiento al “Convenio Subsidiario de Transferencia de Recursos a la Municipalidad de Paraná, provincia de Entre Ríos” celebrado entre el municipio de Paraná y el Estado Provincial. La Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, revocó parcialmente la sentencia, confirmando únicamente la orden a la Municipalidad para que proceda a erradicar los basurales (STJER, sala I de procedimientos constitucionales y penal, “Foro Ecologista de Paraná Asociación Civil y otros c. Municipalidad de Paraná”, del 14/07/2007, en LL, Online). Más cercano en el tiempo, vecinos de la Municipalidad del Partido de General Pueyrredón, Provincia de Buenos Aires, interpusieron acción de amparo para que se reglamentara una Ordenanza Municipal, promulgada tres años antes, que prohibía la utilización de cualquier plaguicida de síntesis o similar, su transporte terrestre y el descarte o abandono de envases que hubieran contenido dicho material, dentro del radio de mil metros de las plantas urbanas o núcleos poblacionales. El tribunal interviniente hizo lugar al amparo, otorgando al Municipio demandado un plazo para reglamentar la Ordenanza, bajo apercibimiento de aplicar sanciones conminatorias y elevar los antecedentes a la Justicia Penal por desobediencia a una orden judicial (Tribunal de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, “Picorelli, Jorge Omar y Otro/a c. Municipalidad de General Pueyrredón s/amparo”, del 31/05/2011, en LL, 2012-B, 409).

⁷ CS, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, 01/07/2000, en LL, 2001-B, 126, Fallos: 323:1339.

⁸ Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala IV, sent. del 2/6/1998, “Viceconte, M. c. Ministerio de Salud y Acción Social”, LL, 1998-F, 102.

⁹ In re: “Álvarez de Munilla Gladys Beatriz y otros c/ OSPLAD -Amparo”, del 09/08/2012.

En el resonado caso “Halabi” (donde la Corte Suprema verificó la existencia de derechos individuales homogéneos y confirmó el carácter “erga omnes” de la sentencia), un abogado había promovido acción de amparo con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario, que autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinación de en qué casos y con qué justificativos, por lo que la intromisión constituía una violación de los derechos a la privacidad y a la intimidad del amparista en su condición de usuario, y menoscaba la confidencialidad de sus comunicaciones con sus clientes¹⁰.

Contra la discriminación, se receptó una acción de amparo interpuesta por una fundación contra una cadena de heladerías por entender que en la contratación de su personal la demandada negaba incorporar mujeres en sus locales¹¹, también fue una acción colectiva la destinada a remover una imagen religiosa del hall de ingreso al edificio principal de los tribunales nacionales, donde se alegó que importaba un gesto discriminatorio de los profesionales y justiciables que no profesaran la religión católica¹², y también la promovida por un grupo de ciudadanos y una asociación de derechos civiles a fin de solicitar la declaración de inconstitucionalidad e ilegalidad de las disposiciones y actividades que imponen la enseñanza obligatoria de la religión católica en escuelas públicas de la Provincia de Salta¹³.

Una asociación entre cuyos fines contaba la promoción y defensa del establecimiento de condiciones sociales para posibilitar y favorecer la efectiva prestación del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto de su dignidad intrínseca a lo largo de la vida, fue considerada legitimada por la Corte para promover la acción tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad parcial de la ley 25.673 que estableció el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, y el amparo fue receptado¹⁴.

En el tema previsional, el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social núm. 9 (sentencia de 20 de junio de 2008) declaró "el derecho a obtener el reajuste del haber en los términos y con los alcances del fallo de la CSJN dictado in re "Badaro, Adolfo Valentín" al colectivo de beneficiarios representados que acrediten en sede administrativa el perjuicio ocasionado por la omisión en la aplicación de un mecanismo

¹⁰ CS, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, del 24/02/2009, en LL, 2009-B , 157; Fallos: 332:111.

¹¹ CNCivil, sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A.”, del 16/12/2002, en LL, 2003-B , 970; DT 2003-A , 364.

¹² CNac. Cont. Adm. Federal, sala IV, sent. del 20/4/2004, "Asociación por los Derechos Civiles y otros c. Estado Nacional-Poder Judicial de la Nación s/ amparo", en LL, on line.

¹³ CApel, C y C de Salta, sala II, “Castillo, Carina Viviana y otros c. Gobierno de la Provincia de Salta y Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/acción de Amparo”, del 23/02/2012, en DJ 29/08/2012 , 93.

¹⁴ CS, “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, del 31/10/2006, en LL, 15/11/2006, 8; LL, 2006-F, 464; Fallos: 329:4593.

de movilidad a su haber previsional, fundado en el paralelismo con las circunstancias previsionales del Sr. Adolfo Badaro. Posteriormente la sala III del fuero (sentencia del 15 de octubre de 2008), revocó la decisión bajo el argumento de la carencia de legitimación activa del Defensor. La causa se encuentra ante la Corte Suprema que el pasado año dictó una medida para mejor proveer para que la Administración Nacional de la Seguridad Social le suministrara datos relativos a los reclamos administrativos pendientes, las causas judiciales, los beneficiarios del sistema, los fondos presupuestarios destinados al pago de sentencias y toda medida que se haya adoptado para resolver las peticiones de los reclamantes en la materia¹⁵.

La Corte Suprema acogió a su vez un habeas corpus correctivo y colectivo interpuesto por el Director del Centro de Estudios Legales y Sociales a favor de la totalidad de los detenidos alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, donde expuso que los detenidos, incluidos mujeres y menores, padecían condiciones deplorables por el estado de conservación e higiene de los calabozos¹⁶.

Además han sido ventiladas mediante acciones colectivas cuestiones urbano-ambientales relacionadas con políticas públicas. A modo de ejemplo en un caso la Corte dejó firme una sentencia de primera instancia (confirmada por la Cámara Federal) que había hecho lugar a un amparo y condenado al Estado Nacional a realizar obras necesarias para garantizar la seguridad de la presa “Portezuelo Grande”, integrante del Complejo Cerros Colorados emplazada sobre el Río Neuquén, ampliando su capacidad para que resista una crecida máxima probable pronosticada, de modo que se puedan así evitar los serios daños que podría ocasionar a los habitantes de la Ciudad de Cipolletti una posible rotura¹⁷.

Otros supuestos y derechos han sido planteados en clave colectiva, como los relativos a incumbencias profesionales¹⁸, derechos de extranjeros y garantías del debido proceso¹⁹, protección de habitantes en pobreza extrema²⁰, presunta ilegitimidad en el

¹⁵ CS, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional”, del 24/05/2011, en LL, 21/06/2011.

¹⁶ CS, “Verbitsky, Horacio”, del 03/05/2005, en LL, 2005-E , 39; Fallos 328:1146.

¹⁷ CS, “Rozniatowski, R.C. c Estado Nacional - Secretaría de Energía de la Nación”, 03/03/2009, en: LL, 2009-C , 272. En el tema también ver: SCBA, “Machado, Raúl Horacio y otro c. Municipalidad de La Plata s/amparo-recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley”, del 30/11/2011, en LL, 2012-A , 446.

¹⁸ SCBA, “Valentini, Patricia Teresa y otros c. Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad de la ley 10.757”, del 23/05/2012, en: LLBA 2012 (agosto) , 735; CS, “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c. Buenos Aires, Provincia de s. acción de amparo”, Registro del Alto Tribunal: Letra: C, Número: 37, Libro: XLVIII. Ver comentario a la medida cautelar dictada por la Corte en ese último caso, en especial en lo concerniente a la legitimación del Colegio de Escribanos, por: CASAS, J.O.: “Inconstitucionalidad de la implementación de alícuotas diferenciales en el impuesto de sellos de la Provincia de Buenos Aires por los actos sobre inmuebles instrumentados en otra jurisdicción (La restauración de las aduanas interiores interfiriendo la circulación de los instrumentos dentro de la República)”, en LL, Online.

¹⁹ TS Cdad Autónoma de Buenos Aires, Superintendencia del Notariado Bara, Sakho, 11/08/2010, en LLCABA 2010 (octubre) , 532. Allí el Tribunal Superior hizo lugar acción de habeas corpus preventivo colectivo interpuesta por

cálculo de los avalúos fiscales para el impuesto inmobiliario rural²¹, entre tantos otros, pero el listado expuesto no pretende agotar la enunciación sino evidenciar exponencialmente la magnitud e importancia que tienen los reclamos colectivos para la defensa de todo tipo de derechos y que los mismos están en la realidad tribunalicia.

DERECHO PROCESAL DEBIDO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: MORA LEGISLATIVA EN LA REGULACION DE LOS PROCESOS COLECTIVOS.

Cabe por eso recordar que los “derechos de incidencia colectiva” se encuentran reconocidos en nuestros textos fundamentales y también los procesos colectivos como garantía constitucional brindada para aquellos por los arts. 43 de la Constitución Nacional y 56 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos.

Ahora bien, a pesar de ello y de la circunstancia antes expuesta, ni a nivel nacional ni provincial se cuenta con una regulación legal procesal completa y adecuada para tramitar los planteos de índole colectiva y resolverlos²², en tanto la Ley General del Ambiente, y la Ley de Defensa al Consumidor, solo de modo insuficiente establecen algunas normas procesales para las acciones colectivas.

un grupo de refugiados senegaleses que se dedicaba a la venta de relojes y bijouterie en la vía pública, donde se alegaba que su libertad ambulatoria se encontraba cercenada como consecuencia de una práctica policial racista que derivaría en la incoación injustificada de causas por violación al art. 83 del Código Contravencional.

²⁰ CS, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, del 18/09/2007, en: LL, 2007-F , 111; JA 2007-IV , 372; Fallos: 330:4134.

²¹ La Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú rechazó el amparo deducido por ese motivo por la Sociedad Rural de esa ciudad, a quien se le reconoció representatividad adecuada de la clase que delimitó en todos los obligados al pago del impuesto inmobiliario rural. Apelada la sentencia por el Estado Provincial y el ATER en relación al habeas data acumulado y cuestionando la índole colectiva del trámite en relación a la materia debatida, el STJER revocó la sentencia. Vale destacar sin embargo en lo concerniente la legitimación de la sociedad actora, que si bien el Superior Tribunal dijo no aceptaba la alegación por parte de entidades del tipo de perjuicios personales o patrimoniales de sus representados, aceptó que en ese caso en particular no había mediado un claro cuestionamiento de la parte demandada, y que mediaba una convalidación con su forma de participación en el expediente, por lo que las especiales circunstancias de la causa, donde había mediado una instancia de adhesiones, “podría admitirse, después del mismo, que se tratase de intereses individuales homogéneos. Pero en esta instancia del debate, y sin que se haya planteado concretamente alguna controversia expresa sobre este punto, no resulta útil adentrarnos en su análisis; máxime cuando la acción de todos modos se rechazó y ello no fue cuestionado por los actores, por lo que su desestimación, aún por otros motivos, llega a esta instancia firme y consentida” (“Sociedad Rural Gualeguaychú c/Administradora Tributaria de Entre Ríos (ATER) u otro S/ Acción de Amparo”, sentencia de Cámara del 15/05/2012 y 18/06/2012 la sentencia de la Sala de Procedimientos Constitucionales del STJER).

²² Cuentan con regulaciones de distinto tipo pero destinada a derechos de incidencia colectiva: La Pampa, Chaco, Tierra del Fuego, Río Negro, y Buenos Aires. En el Congreso Nacional tienen estado parlamentario distintos proyectos de ley para regular los procesos colectivos, aunque se ha dicho que los mismos son incompletos y adolecen de errores fundamentales (ARAZI, R.: “Propuesta de Ley de la Asociación de Bancos Argentinos para regular los Procesos Colectivos sobre Derechos Individuales Homogéneos”, Revista de Derecho Procesal, 2012, Número Extraordinario, “Procesos Colectivos”, p.429; mismo autor en: “Los procesos colectivos en Argentina. Novedades. Proyectos de Reforma”, en Libro de la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal”, Buenos Aires, Junio 2012, p.381; MEROI, A.A.: “Novedades Legislativas y Proyectos de Ley sobre Procesos Colectivos en Argentina”, en Libro de la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal”, Buenos Aires, Junio 2012, p.323).

Este déficit importa pues la protección jurisdiccional a un derecho de incidencia colectiva, demanda de un proceso diferente al regulado para debatir conflictos individuales.

Los procesos colectivos presentan problemas no resueltos por el proceso civil individual clásico: cuestiones de competencia, legitimación, representatividad adecuada, conformación de la clase, las formas de notificación de los miembros ausentes, la litispendencia, la transacción, alcance subjetivo de la sentencia, posibilidad de condenas genéricas y de ordenar modalidades de liquidación especiales, complejidades que apareja la ejecución de la misma, la distribución de costas y la regulación de honorarios profesionales, entre otros aspectos distintivos.

No es un dato menor que sean los propios textos constitucionales los que hayan reconocido la existencia de derechos de incidencia colectiva. Es que en muchas situaciones, solo el planteo colectivo es hábil para superar las dificultades u obstáculos “globalmente considerados”, que debe afrontar cada sujeto (económicos, organizativos, procesales etc.), para hacer un cuestionamiento contra la afrenta de sus derechos, de modo que la técnica procesal debe servir para vehicularlos, y protegerlos.

Además, los procesos colectivos conllevan ventajas de índole práctica, pues permiten lograr mayor economía procesal en el sistema de justicia al sustituir una multiplicidad de acciones individuales repetitivas en tutela de numerosas situaciones personales donde predominan cuestiones comunes (de hecho o de derecho), por una acción colectiva que resuelva tales asuntos de modo unitario²³.-

Si reparamos en que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental en sí mismo, por ser el permite resguardar cualquier tipo de derechos, podremos apreciar la importancia de contar con procedimientos idóneos²⁴.

Aparece también la existencia de un derecho debido por el Estado: por el “Estado-Legislador” en la emisión de normas de protección y de técnicas procesales capaces de propiciar efectiva protección (cuya manda en alguna medida resume nuestro art.75 inc.23 de la CN), y un deber del “Estado-Juez” también de protección, que se realiza en el momento que expide su decisión con respeto por los derechos fundamentales, y aun cuando no decida sobre un derecho fundamental, ya que se cuenta con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, en relación a todo derecho sustancial²⁵.

²³ VERBIC, F.: “Procesos colectivos”, p.61, Astrea, 2007.

²⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó que el artículo 25.1 de la Convención que contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes, y que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios (CIDH, caso “Abrill Alosilla y otros vs. Perú”, sentencia del 04/03/2011, en sitio web de la CIDH).

²⁵ MARINONI, L.G.: “Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, p.233, Ed.Palestra, 2007.

Se explica entonces que desde la doctrina procesalista se haya puesto especial atención en los procesos colectivos, cuyos estudios han adquirido un grado de madurez destacable, en buena medida acompañada por una elaboración jurisprudencial que si bien no ha estado exenta de vacilaciones iniciales (especialmente en lo concerniente a la legitimación cuando se trataba de derechos individuales homogéneos), ha terminado por enfocarse mayoritariamente en la efectiva protección de los derechos en juego, liderada por mojones que en esta materia viene colocando la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ahora bien, tales esfuerzos no han logrado un paralelismo en el ámbito legislativo.

Precisamente por eso ha tenido que ser el máximo Tribunal Federal quien de modo contundente y ampliamente comentado, tuvo que destacar que la falta de regulación de los procesos colectivos, “constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido”.

Dijo además allí la Corte, que la disposición del art.43 CN es claramente operativa, de modo que los jueces tienen la obligación de darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular, dado que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías²⁶.

Desde un enfoque estrictamente procesal, esto de conducir un proceso sin marco legal específico, muestra la actual flexibilización del principio de legalidad de las formas que caracterizó al proceso civil clásico, para dar paso al principio de adecuación de las formas, que en nuestro tiempo permite al Poder Judicial buscar los caminos que posibiliten garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados²⁷.-

No es nuevo para la Corte Suprema ni para la jurisprudencia nacional afrontar la ausencia de soluciones procesales específicas. En ese sentido ha puesto el cimero tribunal especial acento en que cabe al juez establecer las pautas especiales que enderecen y viabilicen una discusión²⁸, ha advertido además, sobre la primacía que merecen los

²⁶ CS, “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, del 24/02/2009, en Fallos: 332:111.-

²⁷ CS, 18/09/2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, LL, 2007-F, 111, Fallos: 330:4134. Más recientemente en “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”, sentencia del 6 de diciembre de 2011, nuestro máximo Tribunal Federal reconoció la tutela anticipada de urgencia (entendida como adelantamiento provisorio del fallo principal que se persigue), dándole carta de ciudadanía a la “tutela anticipada”, un instituto procesal no legislado, destacando que ese anticipo de jurisdicción, permitía asegurar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y la necesaria búsqueda del valor eficacia que debe perseguir toda resolución jurisdiccional.

²⁸ CS, 18/09/2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, LL, 2007-F, 111, Fallos: 330:4134; “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, 22/08/2007, en: LL, 05/09/2007, 8; Fallos: 330:3663, entre otros.-

derechos fundamentales, y la necesidad de garantizarlos a través de la adecuación de la normativa que los afecte ²⁹, o las vías expeditivas que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, evitando que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional³⁰, y se recordará que ese máximo tribunal, hace algunas décadas ya, dijo que los jueces debían restablecer de forma inmediata las garantías constitucionales vulneradas, y consagró pese a la ausencia de regulación positiva, la vía del amparo³¹.

Sin embargo tal “suplencia judicial”³², no cambia que estemos (y particularmente en el caso de los procesos colectivos) frente a una retracción legislativa puesta en términos de “mora”, en el caso “Halabi”.

Se ha dicho con razón, que el legislador debe saldar prudentemente, aunque sin más dilaciones, esa cuenta pendiente, con una regulación completa y sistemática de los procesos colectivos, valiéndose del importante corpus doctrinal elaborado sobre el tema en las últimas décadas y de la fecunda experiencia de nuestros tribunales, que día a día enfrentan los múltiples, atípicos y complejos problemas que suscitan estos litigios, sin una guía normativa adecuada³³.

Es más, razones de seguridad jurídica hacen necesaria la reglamentación de los procesos colectivos, por cuanto el procedimiento a seguir por los jueces garantiza el debido proceso de los sujetos activos y pasivos³⁴.

²⁹ CS, 5/07/2011, in re: “M. M. G. c/ Ministerio de Economía (Estado Nacional) s/ incidente - familia”, en sitio web de la CSJN; del 21/09/2004, en “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.”, Sup.Especial La Ley 2004 (septiembre), 39, Fallos: 327:3753; del 24/10/2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, en LL, 2001-C, 32, Fallos: 323:3229.

³⁰ CS, “Y., G. C. c. Nuevo Hospital El Milagro y otra”, 06/06/2006, LL, 2006-D, 402, Fallos: 329:2179; “María, Flavia Judith c. Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, 30/10/2007, Fallos: 330:4647.

³¹ CS, “Siri, Angel S.”, 27/12/1957 y “Samuel Kot S.R.L.”, del 05/09/1958. Ilustrativo resulta recordar las palabras de Linares Quintana celebrando “Siri”: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación —guardián e intérprete final y definitivo de la Ley de las leyes de la República— acaba de pronunciar una sentencia, cuya doctrina señala un acontecimiento verdaderamente trascendental en la historia de nuestro más Alto tribunal, ubicando a dicho fallo, por sus notables proyecciones institucionales, a la altura de los más importantes dictados en cualquier época por aquél” (LINARES QUINTANA, S.: “Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad”, en: LL, 89, 532, Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 883). Recientemente, convalidó la vía no normativizada de la “autosatisfactiva”, al confirmar la sentencia de una Corte provincial que había autorizado la interrupción del embarazo de una menor de edad, pese a que la cuestión era abstracta por haberse ya concretado la práctica abortiva y reconocer el Tribunal la innecesariedad de la autorización judicial por tratarse del supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal, pronunciándose de ese modo con carácter docente sobre el fondo para servir de “precedente útil para resolver con posterioridad conflictos idénticos” (CS, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13/03/2012. PEYRANO, J.W.: “Trascendencia Procesal del reciente Fallo de la Corte sobre Aborto no punible”, LL on line).

³² PICARDI, N.: “La Jurisdicción en el Alba del Tercer Milenio”, p.9, Editorial Communitas, Biblioteca de Derecho Procesal, T.12, traducción de Juan José Monroy Palacios.-

³³ GIANNINI, L.J.: ob.cit..

³⁴ SBDAR, C.: “Las Acciones Colectivas en el Derecho Argentino”, en Libro de la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal”, Buenos Aires, Junio 2012, p.351.

Sumamos a dichas razones, que las distintas interpretaciones surgidas a raíz de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional al texto del Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial (en cuanto el Proyecto finalmente remitido al Congreso de la Nación eliminó de la clasificación original de derechos individuales y de incidencia colectiva que contemplaba de modo expreso los derechos individuales homogéneos –art.14 original-, y suprimió la sección del código destinada a los daños de incidencia colectiva -arts. 1745 a 1748 original-), abonan la conveniencia de asumir la regulación local, por tratarse de un asunto de Derecho Procesal, en el que la Provincia posee competencia legislativa no delegada en la Nación.-

Desde otro ángulo, la regulación de este tipo de litigios grupales se corresponde con el nuevo paradigma constitucional impuesto por la reforma del año 1994 y sus nuevos derechos, donde la persona humana en su faz individual y colectiva ocupa un lugar central, merced a lo cual ya no se discute sobre la importancia o la definición de los “derechos humanos” o “derechos fundamentales”, sino en la manera más eficiente de protegerlos.

Y en todo esto, sabemos que existe un paralelo deber del Estado de adoptar medidas de acción positivas enderezadas a su tutela, lo dice la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, y reiteradamente lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La ley que regule los procesos colectivos debe atender el valioso aporte realizado por la doctrina nacional, incluyendo las pautas mínimas elaboradas al efecto por el Dr. Roland Arazi³⁵, e iberoamericana, en especial el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en el año 2004, y el derecho comparado, especialmente la experiencia del Brasil y EEUU, además de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien ha dejado en claro que en ciertas situaciones, la acción de amparo no es una vía de protección idónea para las acciones colectivas en función de su estrecho margen de debate y sus acotadas posibilidades en la actividad probatoria³⁶.

Auspiciamos pues que este Congreso se pronuncie sobre la necesidad de regular los procesos colectivos en nuestra Provincia, cuya nueva Constitución no solo reconoce los “derechos de incidencia colectiva”, sino que los garantiza, tanto como la tutela judicial efectiva y oportuna, principio cardinal del derecho procesal actual, que exige mecanismos procesales útiles y diferenciados como los que motivan esta ponencia.

³⁵ ARAZI, R.: “Los procesos colectivos en Argentina. Novedades. Proyectos de Reforma”, en Libro de la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal”, Buenos Aires, Junio 2012, p.381.

³⁶ CS, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, 22/08/2007, en: LL, 05/09/2007, 8; Fallos: 330:3663; y del 18/09/2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, LL, 2007-F, 111, Fallos: 330:4134.

**Ana Clara Pauletti-Valentina Ramírez Amable-María Andrea Morales-Valeria M.
Barbiero de Debeheres.**