

2015

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

*El daño a derechos individuales homogéneos.
Su incidencia colectiva y tutela jurisdiccional efectiva.*



Alumno: Tricherri, Pablo Ignacio

DNI: 23991807

Legajo: VABG22871

Tutor de la Carrera: Ab. Cantarero, María Eugenia

Tutor de la Materia: Ab. Villanueva, Carlos Martín



Agradecimientos:

Quisiera agradecer, en primer lugar, a mis padres: a Néstor y a Ester. A él por haberme inculcado, con su ejemplo, que la responsabilidad, el compromiso, la honestidad, la audacia, la creatividad y la disciplina como prácticas constantes son el verdadero éxito, en sí mismo, más allá de la simpleza o complejidad de los objetivos perseguidos; nada se torna imposible si el tesón es fuerza de trabajo y la valentía de creer es el motor de nuestras futuras huellas. A ella por enseñarme que la verdadera inteligencia en la vida reside en darse la oportunidad de soñar y perseguir esos sueños aun cuando parezcan imposibles de alcanzar, porque nuestra imaginación es el borrador de nuestras realizaciones; por haberme demostrado, con sus propias experiencias, que añorar un resultado positivo desde la actitud con la que uno mismo se para ante las cosas no es un acto de ingenuidad sino una condición necesaria para llegar a la meta; por mostrarme que el equilibrio es un valor que nunca debe de abandonarse; por ser el vívido ejemplo de que, tarde o temprano, la calidad siempre es mejor que la cantidad. A ambos por haberme mostrado sus propias pisadas en el camino de la vida cada vez que a mis pies les costó dibujar sus propias huellas; por haberme enriquecido tanto con sus vidas y transmitirme todo a través del amor; mismo amor que hoy, junto a ellos, sigo celebrando.

En segundo lugar, al Dr. Carlos Alberto González Sanchez, mi tío Carlos; lamentablemente la vida no nos dio la oportunidad de poder compartir el ejercicio de la profesión como colegas, pero si me dio la hermosa chance de ser testigo privilegiado de su pasión por el Derecho, su inconmensurable conocimiento jurídico y su habilidad para hallar las luces del acuerdo en donde los demás veían la oscuridad del conflicto; porque su legado es mi norte en el ejercicio de la maravillosa profesión de abogado; por todo ello, y por todo el amor y la fe que siempre depositó en mí, gracias.

A todos y cada uno de los integrantes de esta comunidad que es la Universidad Siglo 21; a las autoridades, profesores, empleados y voluntarios de ella, porque a través de su impronta, su acompañamiento y enseñanza, y su atención personalizada y permanente, hicieron desaparecer las barreras de la distancia y le dieron nombre y apellido a la virtualidad durante todo este trayecto. A todos ellos, gracias.

Resumen: a partir de la incorporación, en el seno de la reforma constitucional de 1994, de una nueva categoría de derechos conformada por aquellos con implicancias en lo colectivo se abrió, dentro de las ciencias jurídicas, un profundo debate acerca del sentido y alcance que tales prerrogativas poseen en el marco del Derecho. Ello ha dado lugar a innumerable cantidad de posturas y doctrinas acerca del tema, sobre todo, en cuanto a las implicancias subyacentes en cuanto a su detrimento. Distintas corrientes, la mayoría de ellas de corte procesalista, fueron estableciendo las bases interpretativas respecto a la protección dispensada por la letra constitucional ante tales afectaciones, resultando protagonista excluyente en este desarrollo la construcción pretoriana efectuada por la Corte Suprema de Justicia nacional. No obstante lo predicho, esta construcción técnico-jurídica y conceptual acerca del sentido y los alcances de una de las categorías preconcebidas con proyección colectiva como es la de los derechos individuales homogéneos, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad civil, parece lejos de ser una materia agotada, resultando la inquietud del presente trabajo el intentar armar una nueva inteligencia sobre el tema como aporte a lo ya construido que se basa en la idea de que, en general, ciertos derechos individuales se proyectan, de manera complementaria, hacia una dimensión colectiva, aunque ello sea, a priori, una proyección en expectativa. El daño será, como punto de impacto jurídico, y bajo determinadas circunstancias, el materializador de esta proyección bidimensional, operando en consecuencia, como factor homogeneizador del menoscabo a tales prerrogativas, propiciando el marco para que, mediante un proceso especial a tal efecto, se proceda a brindar tutela jurisdiccional efectiva en ambas esferas.

Abstract: from the incorporation, with the constitutional reform of 1994, a new category of rights consists of those implications in the collective was opened within the legal sciences, a profound debate about the meaning and scope of such privileges They have under the law. This has resulted in countless positions and doctrines on the subject, especially as to the underlying implications as to their detriment. Different currents, most of them cut litigators were laying the groundwork performing regarding the constitutional protection afforded by letter to such damages, resulting excluding protagonist in this development the Praetorian construction by the national Supreme Court of Justice. Notwithstanding predicted, this legal-technical and conceptual construction of the meaning and scope of a category preconceived collective projection as that of the homogeneous individual rights, especially in the area of liability, it seems far from being a depleted field, resulting concern of this paper trying to lend a new intelligence on the subject as a contribution to the already built based on the idea that, in general, certain individual rights project, in a complementary manner, into a dimension collective, even if this is, a priori, a projection in expectation. The damage will be, as a matter of law impact, and under certain circumstances, the materializing of this two-dimensional projection, operating result, as homogenizing factor of impairment of such privileges, favoring the framework so that, through a special process to this end, necessary to provide effective legal protection in both areas.

Índice Trabajo Final de Grado:

Introducción.....Pág.1

Primera Parte:

Los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos en el ámbito del Derecho de daños.

Capítulo I. De la concepción clásica de derechos subjetivos a la incorporación de los derechos de incidencia colectiva. Aspectos relevantes.

- a. *Introducción.....Pág.1*
- b. *La caracterización clásica de derechos subjetivos. Concepto.....Pág.4*
- c. *“derecho” e “interés”. Distinciones.....Pág.15*
- d. *Lo individual y lo colectivo. Implicancias dentro de las ciencias jurídicas.....Pág.34*
- e. *Los derechos de incidencia colectiva. Su recepción en el marco de la reforma Constitucional de 1994.....Pág.41*
- f. *Los derechos de incidencia colectiva en el Derecho comparado.....Pág.50*
- g. *Evolución doctrinaria y jurisprudencial respecto al carácter de indivisibilidad y/o divisibilidad de los bienes jurídicos objeto de estos derechos.....Pág.63*
- h. *Bibliografía especial.....Pág.74*

Capítulo II. Los derechos individuales homogéneos. Naturaleza y ubicación conceptual.

- a. *Introducción.....Pág.77*
- b. *Naturaleza jurídica.....Pág.79*
- c. *Ubicación de los derechos individuales homogéneos como una de las categorías de derechos de incidencia colectiva.....Pág.93*

- d. *Evolución Jurisprudencial de los derechos individuales homogéneos y los derechos bidimensionales*.....Pág.100
- e. *La cuestión en el Derecho comparado*.....Pág.123
- f. *Bidimensionalidad del objeto y factores de homogeneización*.....Pág.129
- g. *Bibliografía especial*.....Pág.137

Capítulo III. El daño a los derechos individuales homogéneos. Presupuestos y aspectos sustanciales.

- a. *Introducción*.....Pág.140
- b. *La “Constitucionalización” del Derecho civil*.....Pág.143
- c. *El daño a derechos de incidencia colectiva en general y a derechos individuales homogéneos en particular*.....Pág.152
- d. *El Daño resarcible. Ámbito patrimonial y extrapatrimonial*.....Pág.176
- e. *Los presupuestos de la responsabilidad civil en materia de daños a derechos individuales homogéneos*.....Pág.197
- f. *La figura del daño punitivo. Concepto y caracteres. Regulación actual y perspectivas de aplicación en materia de derechos individuales homogéneos*.....Pág.217
- g. *Los llamados “daños masivos” y “micro daños” como supuestos de lesión a derechos individuales homogéneos. Criterios de definición y características relevantes*.....Pág.235
- h. *Bibliografía especial*.....Pág.242

Capítulo IV. Daños a derechos individuales homogéneos. Análisis de casos.

- a. *Introducción*.....Pág.248
- b. *Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer Vs. Garbarino S.A.I.C. Daños punitivos*.....Pág.250
- c. *PADEC Vs. Swiss Medical S.A. Presupuestos de la Responsabilidad Civil*.....Pág.254
- d. *Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Bs. As. Vs. Edesur S.A. Identificación de derechos individuales homogéneos*.....Pág.262
- e. *El fallo “Badaro”. Alcance de la sentencia*.....Pág.266
- f. *Proconsumer Vs. Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. Exigencia de identificación de la clase*.....Pág.270
- g. *Asesoría Tutelar de Justicia CCAadm. y Tributario de la CABA Vs. Gobierno de la CABA. Un caso de remedio estructural ante una afectación a un derecho bidimensional*.....Pág.275
- h. *Derecho comparado*..... Pág.279
- i. *Bibliografía especial*.....Pág.281

Segunda Parte:

Los derechos individuales homogéneos y su tutela judicial efectiva en materia de daños.

Capítulo V. La tutela procesal colectiva.

- a. *Introducción.....Pág.284*
- b. *Regulación y presupuestos en materia de tutela procesal de derechos de incidencia colectiva en general. El amparo colectivo.....Pág.286*
- c. *La creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de tutela procesal colectiva para supuestos de lesión a derechos individuales homogéneos.....Pág.303*
- d. *Estado actual de la cuestión. Regulación procesal vigente en nuestro ordenamiento jurídico.....Pág.315*
- e. *La Tutela Procesal Colectiva en el Derecho Comparado.....Pág.323*
- f. *Tutela procesal colectiva y bidimensional.....Pág.339*
- g. *Bibliografía especial.....Pág.350*

Capítulo VI. Las “acciones de clase” como supuestos de tutela jurisdiccional ante el daño a derechos individuales homogéneos.

- a. *Introducción.....Pág.353*
- b. *Concepto de Acción de Clase. Principales características.....Pág.355*
- c. *El acceso a la justicia y la relevancia social o interés estatal como presupuestos de procedencia de las acciones de clase.....Pág.364*
- d. *Modelos de acciones de clase en el Derecho comparado. Aspectos relevantes a tomar en cuenta.....Pág.374*

e. <i>Legitimación procesal y certificación de la clase</i>	Pág.386
f. <i>Publicidad durante el proceso y sistema de notificaciones</i>	Pág.400
g. <i>Determinación de rubros indemnizatorios colectivos e individuales</i>	Pág.409
h. <i>Alcances y Efectos de la sentencia</i>	Pág.419
i. <i>Proyectos de ley regulatorios de la materia en el orden nacional. Análisis y perspectiva sobre la cuestión</i>	Pág.430
j. <i>Modelo de acción de clase para la tutela de derechos bidimensionales</i> ...	Pág.439
k. <i>Bibliografía especial</i>	Pág.448

Conclusiones	Pág.XVI
---------------------------	---------

Bibliografía	Pág.506
---------------------------	---------

Introducción

...Supongo a los hombres llegados a un estado tal en el cual los obstáculos que perjudican a su conservación en el estado natural dominan por su resistencia a las fuerzas que cada individuo puede emplear para permanecer en tal estado. Este estado primitivo no puede ya subsistir, y el género humano perecería si no cambiase su manera de ser...

Jean-Jacques Rousseau, El Contrato Social, 1762.

Las postrimerías del siglo XX marcaron, para el Derecho, una suerte de bisagra fundacional en lo concerniente a intentar brindar nuevas respuestas válidas, como para poder hacer frente a las imperiosas necesidades de una sociedad cada vez más compleja. Una sociedad que, si bien ya contaba entre sus adquisiciones con los inestimables aportes heredados por el constitucionalismo clásico de fines del Siglo XVIII; cuya concepción, según expresa Lorenzetti (2010) en su obra, dejaría plasmado el paradigma del reconocimiento de los derechos individuales; y a los “*...intereses diversos de los estrictamente individuales y enfocados en el individuo en su subjetividad asociativa...*” (Lorenzetti, 2010, pp.85), conquistados de la mano del constitucionalismo social de la primera mitad del Siglo XX, comenzarían, en esta etapa, a insinuarse como insuficientes para abarcar el intrincado mundo de interacciones que asomaban en los nuevos horizontes que se estaban transitando.

Todo ello, más las nuevas materias objeto de preocupación y demanda que iban aflorando, tal como afirma Balbín (2001), no hizo más que confirmar que el “*...modelo tradicional tripartito, que distinguía entre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples...*” (Balbín 2001b, 1172) entraría indefectiblemente en crisis, al no ser capaz de satisfacerlas de manera eficiente.

El nuevo escenario planteado en las últimas décadas del siglo pasado, entonces, exigía repensar el marco de protección que este precitado modelo ofrecía, como bien apunta Lorenzetti (2010), desde “*...una tradición jurídica arraigada en leyes,*

sentencias y textos...” (Lorenzetti, 2010, pp. 9), para dar paso a un nuevo paradigma jurídico que contemplara, normativamente, lo que ya era una irrefrenable tendencia, además de un componente disparador de profundo debate, en una sociedad con pretensiones de mayor protagonismo, cuyo contenido giraba en torno a la existencia de prerrogativas que excedían el plano meramente individual, y que merecían, dada su relevancia, dejar de ser “...*personajes absolutamente misteriosos...*” (Bujosa Vadell, 1997E, 1142), para pasar a ser conceptos con nombre propio.

En este complejo y desafiante contexto histórico, vino a informar su existencia la Reforma Constitucional de 1994, cuyo análisis pormenorizado excede lo concerniente al presente trabajo aunque, sólo a título ilustrativo, es digno de resaltar un muy conciso y descriptivo balance de la misma que, en su obra, hiciera Vanossi (2000), al decir que además de la aguda “politización” (entendido ello como el condicionamiento que implicó en el escenario de entonces el acuerdo entre los dos partidos políticos mayoritarios con impacto directo sobre el texto reformado) como nota característica de la reforma, se agregaría a ella una pronunciada tendencia al “sociologismo constitucional”, que vino a ser, conforme a las expresiones del propio autor precitado “...*llevar a la norma lo que estaba ocurriendo en los hechos, con prescindencia de la consideración del deber ser...*”(Vanossi, 2000, pp.545).

El mismo autor ilustra, en un análisis más agudo sobre la incorporación realizada al contenido de nuestra Carta Magna del Capítulo intitulado “*Nuevos Derechos y Garantías*” (Constitución Nacional Argentina, Primera Parte, Capítulo II, arts. 36 al 43), y más precisamente, desde su óptica sobre la temática que concierne al presente trabajo, al estimar que

...el catálogo de las garantías se fortalece con los derechos de incidencia colectiva y con una configuración dada al amparo que balancea las mayores garantías de la sociedad frente a acuerdos políticos partidarios que puedan eventualmente fortalecer a los órganos del poder y contra el crecimiento de los poderes económicos privados...(Vanossi, 2000, pp.547)

Estas iluminadas palabras invitaban a pensar, por aquel tiempo, que la plena operatividad del reconocimiento constitucional de los derechos de incidencia colectiva, como instrumentos a, conforme la apreciación de Gil Domínguez (2011), ser interpretados *pro homine* y con garantías reales de tutela efectiva, como medio para

sostener la fuerza normativa Constitucional y la construcción práctica de la misma, y no caer, de ese modo, en una mera ilusión pasajera, era un camino posible. El tiempo demostraría, lamentablemente, que puesta en el plano de la realidad, la cuestión no sería tan simple.

Volviendo al punto que aquí importa, específicamente, la reforma ha venido a modificar la estructura clásica de categorización de derechos, al incorporar el concepto de derechos de incidencia colectiva al plexo constitucional. Pero ello, lejos de advertirse como una recepción pacífica, como se ha señalado en el párrafo anterior, inauguró un proceso de profundas disquisiciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, sobre todo, en lo tocante al sentido y alcance de esta nueva categoría, ya que la misma no parecía nutrirse, a priori, de caracteres comunes a las dimensiones receptadas por los estándares clásicos, lo cual presentaba notorias dificultades a la hora de intentar encuadrarla dogmáticamente.

Es así que, desde un primer enfoque, al que Julio C. Rivera h. (2008) denomina como de “*interpretación restrictiva*”, se interpretó a los derechos de incidencia colectiva, como una nueva dimensión de prerrogativas destinada a proteger intereses que, por su indivisibilidad objetiva; es decir, por la insusceptibilidad de apropiación individual que detentan, no pueden ser predicables por un sujeto determinado y pertenecen, en cambio, a la esfera social en su conjunto, por lo que, atento a esta cosmovisión, el instituto de marras

...sólo se presentaría en hipótesis de indivisibilidad del bien jurídico que constituye el objeto de la pretensión. Por consiguiente...la categoría establecida en el art. 43 de la Carta Magna se reduce exclusivamente a los que se conocen como intereses “difusos” o “colectivos stricto sensu”, sin contemplar situaciones en las que la divisibilidad de la prerrogativa es acompañada por una masificación de la controversia y la comunidad de origen en los padecimientos...(Giannini 2008A, 97).

Una segunda corriente de interpretación, a la que el autor precitado denomina como de “*interpretación intermedia*” (Rivera h., 2008), predicada y excelentemente conceptualizada por los autores Maurino, Nino y Sigal (2005) en su obra, quienes, si bien comparten con la primera corriente mencionada los alcances del contenido de los derechos de incidencia colectiva dentro de la órbita de los llamados intereses “*difusos*”

o “*colectivos strictu sensu*” agregan, fundados, en gran medida, en la garantía de acceso irrestricto a la justicia, a “...*aquellos que sin recaer sobre bienes colectivos tienen condiciones de ejercicio homogéneas en relación con una pluralidad de titulares, cuyas posibilidades para acceder a la justicia – consideradas estructuralmente – resultan obstaculizadas por las circunstancias del caso...*”(Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.192).

Cabe aclarar que esta posición intermedia, ha venido acompañada de una profusa jurisprudencia y concordancia doctrinaria, contando con riquísimos ejemplos de ello, muchos de ellos, claro está, serán motivo de un análisis profundo en la presente obra.

Finalmente, y sin dejar de mencionar que, para Rivera h. (2008), se advierte la existencia, en esta materia, de una tercera corriente de pensamiento, denominada de “*interpretación amplia*”, muy emparentada con las cuestiones relativas a la legitimación procesal, también interpretada en sentido amplio, que propugnarían el colegir como derechos individuales homogéneos a cualquier interés grupal o sectorial, sin importar cuál sea la naturaleza de los bienes comprometidos, sólo con la previsión del origen común en su afectación. Vale decir que el propio autor informa que la predicha corriente no ha tenido demasiada acogida, ni en la práctica jurisprudencial, ni en las usinas de pensamiento doctrinario.

No obstante lo antedicho, conforme a un criterio que se intentará demostrar a lo largo de este trabajo, la posterior inteligencia de esta categoría de derechos, cimentada por el trascendente fallo “*Halabi*” (C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, *Fallos 332:111, 2009*) del cimero Tribunal nacional, se correspondería, aunque sea parcialmente, con el favorecimiento de una mirada amplia de los derechos de incidencia colectiva, al sumar a los ya mencionados criterios de interpretación centrados en derredor de los derechos colectivos contenidos en éstos, a la sub-categoría denominada en el precitado decisorio como “*derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*” (*Fallos 332:111, Considerando 9 del voto de la mayoría, 2009*) definidos por el voto mayoritario del eminente cuerpo, como aquellos en los que

...no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es

identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre... (Fallos 332:111 (2009), Considerando 12 del voto de la mayoría)

Agregando, además, el máximo tribunal que en materia de tutela efectiva

...la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados... (Fallos 332:111 (2009), Considerando 13 del voto de la mayoría)

Dejando claro en este último párrafo, un criterio de procedencia en materia procesal, que pareciera ser coincidente con los mejores argumentos de la “interpretación amplia” antes mencionada. Ello será cuestión de análisis oportunamente, pero por ahora resulta importante enunciarlo a los efectos de construir el presente introito.

Esta evolución conceptual de los derechos de incidencia colectiva, en definitiva, arrojará como resultado, a decir de Gil Domínguez (2011), un nuevo esquema sustancial de derechos receptados por la constitución, conformado por “...derechos subjetivos, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos de naturaleza indivisible y derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos de naturaleza divisible...” (Gil Domínguez, 2011, pp.1).

Dejando conformado, además, un esquema procesal dentro del Derecho nacional que, como bien lo presenta Lorenzetti (2010), quedaría estructurado de la siguiente manera: *Acciones colectivas referidas a bienes colectivos* y *Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos no patrimoniales*, reconocidas constitucionalmente y por la jurisprudencia de la C.S.J.N.; *Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales en las relaciones de consumo*, admisibles conforme a lo establecido por la Ley de Defensa del Consumidor en su Art. 54 (T.o. Ley 26.361, 7/4/2008); y, por último, las *Acciones colectivas referidas a*

intereses individuales homogéneos patrimoniales, que no son admisibles hoy fuera de las relaciones de consumo.

Ahora bien, y ya más en el sentido de aproximarse al núcleo de la presente investigación, tal y como será el sentido y alcance que el concepto de derechos individuales homogéneos debiera recibir en materia de Derecho de Daños, así como de los presupuestos aptos para su tutela judicial efectiva, resulta preciso detenerse, brevemente y sólo a modo introductorio, en el estado de cosas en que la cuestión se encuentra dentro del marco temático específico.

En este sentido, lo primero que vale la pena aclarar es que las concepciones ideológicas de corte liberal, más una cosmovisión individualista del hombre como centro de las relaciones del derecho, clásicas en la era decimonónica que fuera contexto de creación del Código civil Argentino, no permiten advertir la posibilidad de ubicar conceptualmente dentro de él categorías relativas a derechos de incidencia colectiva, o prerrogativas análogas, ya que las condiciones de pensamiento de la época no consideraban algo que, más de un siglo después, presentaría un ineludible desafío para el Derecho.

No obstante, la construcción dinámica de la ciencia jurídica, más la legislación complementaria y modificatoria del Código, coadyuvaron para ir adecuando a la inconmensurable obra del Dr. Vélez Sarsfield a las diferentes etapas de una historia no siempre tan lineal en su evolución, no siendo la materia bajo análisis una excepción a la regla. Quizás pueda predicarse como una muestra cabal de esto que aquí se afirma, a la incorporación como norma complementaria del código, en septiembre de 1993, de la Ley N° 24.240, de Defensa del Consumidor, que aún antes de la recepción constitucional de los derechos de incidencia colectiva, resultó ser un importantísimo hito en su reconocimiento por parte del Derecho positivo.

Pero sería recién en el amanecer del Siglo actual, cuando se verían las mayores novedades concretas sobre la recepción normativa de los derechos de incidencia colectiva en materia de Responsabilidad Civil, con instrumentos legislativos tales como la Ley General del Ambiente N° 25.675, que vino a importar un avance superlativo en materia protectoria de derechos colectivos.

Pero, sin lugar a dudas, sería el Anteproyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina, cuya comisión redactora fuera ordenada por el poder Ejecutivo Nacional en el marco del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 191/11, el que vendría a dar una bocanada de aire fresco en materia de daño a derechos de incidencia colectiva en general, y a los derechos individuales homogéneos en particular. Aclaro que, en este contexto, me refiero al texto ordenado que fuera entregado, originalmente, por la comisión redactora al P.E.N., ya que, como bien apunta la Dra. Adela Prat (2012), el proyecto sufrió una verdadera “*poda*” en esta materia, por lo cual las mismas no recibieron tratamiento alguno en el parlamento nacional, ni ingresaron al texto definitivo que, al momento de estar redactando esta obra, ya se ha convertido en el nuevo código Civil y Comercial de la Nación, con entrada en vigencia a partir del 1° de Agosto de 2015.

Continuando el análisis, el anteproyecto original contemplaba una serie de artículos, más toda una sección, dedicados al tema. Resulta importante resaltarlo en esta introducción ya que, con base en estas fórmulas legislativas que los eminentes Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco, integrantes de la comisión redactora, incorporaron al plexo, recogiendo, un poco, el guante tendido por “*Halabi*” (*Fallos 332:111, 2009*), se centrará gran parte del estudio acerca de los aspectos técnicos de los alcances en el concepto de *marras*.

Este desarrollo previamente vertido es a los fines de abonar a la comprensión, y ubicar al lector, en el contexto en el cual se comienza a desandar el camino de la presente investigación, ya que resulta de inestimable utilidad el saber desde donde está uno partiendo, para tener mayor certeza de cuál es el destino al que uno desea arribar.

Como primera medida, es preciso comprender que la presente investigación girará en torno al concepto de derechos individuales homogéneos como categoría de prerrogativas de incidencia colectiva, intentando definir sus extremos y aportando criterios que permitan clarificar su contenido. Acto seguido, será materia de investigación el impacto que tiene, en el ámbito del Derecho de daños, la afirmación sobre la existencia de derechos de incidencia colectiva que poseen una bidimensionalidad de objeto (individual y social) que, a decir de Maurino, Nino y Sigal (2005, pp.191) “...se trata de la recepción de una dimensión colectiva de derechos

individuales que se suma a dicho aspecto individual...”, y unidad de causa eficiente (factor de homogeneización), ya que sus implicancias se corresponderán con la caracterización del daño en el caso concreto, mirando a éste como lesión a bienes individuales con proyección colectiva, y como factor de homogeneización del derecho a resarcimiento que a consideración de los autores precitados debe entenderse que “...apunta a la situación en que los sujetos afectados comparten una posición jurídica semejante; en particular, la pretensión de titularidad de sus derechos de características análogas, en virtud de circunstancias semejantes y uniformes...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.193).

En segundo término, y como un desprendimiento natural de lo planteado en primer lugar, se intentará evaluar a las denominadas “acciones de clase” como el mecanismo más idóneo para la tutela judicial efectiva ante el daño a “*derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*”, partiendo de la afirmación definida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*in re “Halabi”, Fallos 332:111, 2009*) sobre la plena operatividad normativa que recibe el instituto, a partir de lo dispuesto por el art. 43 2^{do} párr. de la Carta Magna. Además, se intentará definir, conforme a los criterios sentados por el supremo Tribunal nacional, a los presupuestos procesales mínimos a delimitar mediante legislación que plasme la garantía de acceso a la justicia para este tipo de supuestos.

En lo tocante al marco metodológico en el que se encuadró a la investigación propuesta, se contó con la formulación de una hipótesis de trabajo, tomándola como “*...guía precisa para resolver el problema de investigación...*” (Yuni y Urbano, 2006, pp.104) que, según definen los eminentes autores “*...como anticipaciones que efectúa el investigador...*”, “*...indican lo que se está buscando o tratando de probar. Pueden definirse como descripciones y/o explicaciones tentativas del fenómeno investigado, formuladas como afirmaciones...*” (Yuni y Urbano, 2006, pp.104). En el presente caso, sin embargo, habrá de hacerse la salvedad de que, si bien la hipótesis de trabajo actúa en los términos antedichos, la misma debe ser interpretada, a los fines de no caer en contradicción con estrategias metodológicas cualitativas que han sido de gran utilidad en el trabajo, como “*...supuestos o anticipaciones de sentido...*” que implican una orientación dirigida por una serie de categorías y esquemas mentales previos, que no

hacen más que guiar a los procesos de observación que aquí se proponen (Yuni y Urbano, 2006, pp.115).

En tal sentido, y partiendo de la base predicha, la tipología de indagación utilizada a tal fin fue, en primer término, de tipo **exploratoria**, definida por Yuni y Urbano (2006, pp.80) como “...un tipo de estudio sistemático en el que se utilizan todos los recursos disponibles para poder tener mayor precisión en la descripción del fenómeno de estudio...”. Ello es así ya que previo a adentrarse en el impacto que los denominados “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos” (CSJN, Fallos 332:111, 2009) tienen en el ámbito del Derecho de daños, así como de los presupuestos que harán a su tutela judicial efectiva en esta materia, es menester familiarizarse con la recepción de esta categoría, y las disquisiciones doctrinarias y jurisprudenciales que se sustanciaron en torno a ella. Además, desde el enfoque procesal de la cuestión, se intenta identificar, con la mayor precisión posible, la admisibilidad de las llamadas “acciones de clase” como supuesto de tutela procesal, tratando de agotar sus extremos expositivos a fin de poder contar, allí sí, con el suficiente material como para **describir**, como tipología también fundamental cuya finalidad se identifica con la exposición de la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos (Yuni y Urbano, 2006, pp.80), con la mayor precisión posible los aspectos y dimensiones (Yuni y Urbano, 2006, pp.80) que los derechos individuales homogéneos, como categoría de derechos de incidencia colectiva, detentan dentro del ámbito del derecho de daños, y que resultan de utilidad para definir su sentido y alcance, así como también lo tocante a la caracterización de los rasgos más salientes de las llamadas acciones de clase como tipos de procedimiento aptos para tutelar al tipo de prerrogativas antes mencionadas.

Por último, es preciso destacar también la relevancia que adquiere la utilización de una tipología **correlacional**, que es definida por Yuni y Urbano (2006, pp.81) como aquella que pretende determinar si las variables descriptas en un fenómeno determinado poseen algún tipo de relación, a la vez que resulta de ayuda inexorable para establecer las relaciones existentes entre ellas y que, en el caso particular del problema de investigación propuesto, se pudo establecer en torno a las relaciones intrínsecas existentes entre los derechos individuales homogéneos y el daño a los mismos como especie de afectación a derechos de incidencia colectiva, y el consecuente análisis sobre

el impacto que ello es apto para producir en materia de derecho de daños como materia, más la posibilidad de determinar, también, la relación posible entre la tutela judicial efectiva ante el daño a estos derechos, y la admisibilidad de las acciones de clase como instrumento idóneo para ello.

Todo lo antedicho se desenvuelve, metodológicamente, en el marco de una estrategia que, en el caso concreto del trabajo de investigación actual, ha sido de **tipo cualitativa** ya que el enfoque tanto de las variables, como de las unidades de observación y contexto de los mismos respondió a diferentes operaciones metodológicas, tal como se ha definido al mencionar las tipologías de indagación abarcadas, siendo las mismas las de **explorar, describir y correlacionar**, todo ello apuntando a la extracción, a partir de estos objetos cognoscibles, de términos valorativos que permitan arribar al sentido y alcance real del concepto de “*derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*” dentro del ámbito del Derecho de daños, y su efectiva tutela procesal a través de las denominadas “*acciones de clase*”. Vale hacer la aclaración que si bien se hizo uso de elementos cuantitativos durante el presente desarrollo, los mismos han sido obtenidos a través de su extracción de fuentes secundarias de información, y no por el desarrollo de una estrategia metodológica propia del trabajo.

En cuanto a las fuentes de información de las que se ha valido el trabajo, que son definidas como “*...aquellas obras o productos de comunicación científica, que se presentan en diferentes formatos, periodicidad y sistematicidad...*” (Yuni y Urbano, 2006, pp.84), y se distinguen entre Fuentes **Primarias**; que son aquellas “*...en las que los autores informan directamente de los resultados de sus estudios...*” (Yuni y Urbano, 2006, pp.85), fuentes **Secundarias**; que serán las que “*...someten a un proceso de reelaboración a las fuentes primarias...*” (Yuni y Urbano, 2006, pp.85), y fuentes **Terciarias**; que son “*...de documentos que compendian nombres y títulos de revistas y otras publicaciones periódicas...*” (Yuni y Urbano, 2006, pp.85). Se utilizaron aquí **Fuentes Primarias** tales como la Constitución Nacional Argentina, diversos Fallos judiciales de distintos tribunales nacionales, entre los que destaca el decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Halabi” del año 2009, y “PADEC c/ Swiss Medical” del año 2013, además del Código Civil de la República Argentina, legislación en materia de derechos del consumidor, medio ambiente, defensa de la competencia,

servicios públicos y espectáculos deportivos, entre otras, y los códigos procesales en lo Civil y Comercial, a nivel nacional y Provincial. También hubo de inscribirse en esta categoría a los proyectos de legislación aplicables a la temática bajo estudio, tales como el anteproyecto original de Código Civil y Comercial de la República Argentina (Dto. 191/11), y proyectos regulatorios de las acciones de clase, contabilizando, además, al recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Rep. Argentina. Ha resultado ser, también, fuente de este tipo la legislación comparada disponible en las materias bajo estudio, así como algunos decisorios judiciales sustanciados en tribunales foráneos.

En lo tocante a las **Fuentes Secundarias** de información vale la pena remarcar que fueron de inestimable ayuda para el éxito de la investigación obras tales como “*Las acciones colectivas*” de Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal (2005); “*Justicia colectiva*”, del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti (2010); “Responsabilidad Civil”, obra dirigida por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci (2007), etc. Es menester hacer notar, además, a los artículos de doctrina y comentarios a fallos judiciales tales como “*Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de “derechos de incidencia colectiva” (a propósito del fallo de la CSN in re “Defensor del Pueblo de la Nación”)*” de Giannini, Leandro J. (2008); “*Vigencia del caso “Halabi”* de Gil Domínguez, A., (2013); “*Halabi”: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva* de Gustavo Maurino y Martín Sigal (2009), etc.

En cuanto a **Fuentes Terciarias** de información, se extrajeron datos útiles para la investigación de medios tales como artículos y compilaciones de artículos publicados en internet; ej.: “*Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo “Halabi”* Forino, Sproveri, Dell’Oca, Aiello. También se recabó en artículos periodísticos que refieren a casuística relacionada al tema bajo estudio, ej.: “Los detalles de la millonaria demanda que persiguen las víctimas” publicado por Valeria Vera en diario La Nación versión digital el 20/09/2011, por mencionar algunos ejemplos.

Todo ello se vio enmarcado en una técnica basada en la **observación de datos y documentos** como los precitados a manera de ejemplo dentro de las distintas fuentes de extracción, a fin de poder volcar esa información, ya procesada y clasificada, en las distintas secciones constitutivas del trabajo.

La investigación aplicada ha sido delimitada, temporalmente, desde el período que va desde la reforma constitucional del año 1994, hasta la actualidad, pasando por diferentes *criterios históricos* que permiten “...evaluar la evolución, complejización y alcance de la investigación sobre el tema específico que se está considerando...” (Yuni y Urbano, 2006, pp.92). Éstos se han ubicado tanto dentro del período comprendido desde el punto de partida referenciado, como por diferentes hitos previos que son necesarios para completar las indagaciones sobre el fenómeno.

En cuanto a los niveles “jurídicos” abordados en la investigación, se planteó un **primer nivel de estudio** representado por la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional (ej.: Constitución Nacional, Código Civil de la República Argentina, Fallos de las Cámaras Nacionales de apelaciones en lo Civil y comercial, de la Cámara Nacional en lo Civil y comercial Sala 1 y de la Corte Suprema de justicia de la Nación, entre otros, y publicaciones de autores especializados de alcance nacional como el Dr. Francisco Verbic en la Revista Jurídica La Ley, y el Dr. Leandro Giannini en Revista de Derecho Procesal de Rubinzal Culzoni, etc., además de bibliografía especializada tal como la obra de los Dres. Pizarro y Vallespinos (1999-2008) “*Instituciones de derecho privado: Obligaciones*”, Tomos 1 a 4, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Hammurabi.). Mientras que, en un **segundo nivel de estudio**, la tarea se ha focalizado en constituciones y legislación provincial (ej.: Constitución de la Provincia de Córdoba, Ley N° 8465 Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, etc.). Existe, además, el pertinente relevamiento en un **tercer nivel de estudio** tal y como es el correspondiente al derecho comparado (ej.: Ley N° 8.078 (1990), Código de defensa del consumidor del Brasil, U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions, “*Notas sobre o dano moral no direito administrativo*” por Almiro do Couto e Silva (2007), “*Acción de clase de consumidores de bienes y servicios por daños y perjuicios*” por Pedro F. Silva-Ruíz (2007), etc.).

Todo este marco metodológico ha sido encausado desde una hipótesis que pretende aproximar un aporte al tema desde una nueva conceptualización a partir del ingreso, a la ciencia jurídica y al ordenamiento positivo, de una *dimensión colectiva* de bienes jurídicos tradicionalmente considerados como individuales, más la pertinente consideración a los ya adquiridos *nuevos derechos y garantías* que poseen su Norte en la letra constitucional.

Estas técnicas e hipótesis van a ir encontrando ubicación a través de todo el desarrollo del Trabajo Final de Graduación, que se halla dividido en **dos partes** generales que abarcan los lineamientos sustanciales de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, dentro del ámbito del Derecho de daños, en una **Primera Parte**; más lo concerniente a la tutela judicial efectiva de estos derechos, es decir, los aspectos procesales, en materia de daños, en la **Segunda Parte**.

Vale hacer notar, entonces, que dentro de los aspectos relevantes que conforman la **Primera Parte** de este trabajo se encuentra, desde la relación entre la concepción clásica de derechos subjetivos con la incorporación de los derechos de incidencia colectiva en general (**Capítulo I**), a las nociones fundamentales sobre una categoría particular de derechos de incidencia colectiva, como son los derechos individuales homogéneos (**Capítulo II**), completándose el bloque con los aspectos sustanciales, presupuestos y funciones (**Capítulo III**), y el análisis de casos, sus resoluciones y prospectivas (**Capítulo IV**), en materia de daños a derechos individuales homogéneos.

En cuanto a los contenidos de la **Segunda Parte**, la misma se encontrará dividida en dos etapas. En la primera el abordaje se hará desde la noción primigenia de tutela procesal colectiva, es decir, desde la figura del amparo colectivo, hasta los principales presupuestos, locales y foráneos, de las denominadas “acciones de clase” como instrumento adjetivo en general, pasando por las contribuciones que la CSJN ha hecho en tal sentido, y por las diferentes fisonomías que es posible de adquirir tal categoría de mecanismo procesal (**Capítulo V**), concluyendo con la indagación pertinente acerca de la concepción práctica de las “acciones de clase” como vía procesal más idónea a fin de dar tutela efectiva al daño a derechos individuales homogéneos; con la salvedad, claro está, de complementar tal exploración con el aporte de logística procesal pensada para el núcleo que conforma la hipótesis principal de trabajo, y una perspectiva de proyecto a tales fines (**Capítulo VI**).

Para finalizar el esquema propuesto, el trabajo contará con una **conclusión general** que intentará resumir las principales impresiones, conceptos y definiciones recolectadas a través de todo el recorrido sistemático de la investigación y la propia

confección de la obra, como forma de dar cierre a la misma y responder, de manera concisa, a las preguntas de investigación respecto a sus rasgos más salientes.

Es preciso anclar la justificación de la presente investigación, en el intento de brindar, a través de la conceptualización construida a partir de los resultados arrojados por el trabajo, una posible respuesta al sentido y alcance que debiera recibir el concepto de “derechos individuales homogéneos” (siempre como una categoría de derechos de incidencia colectiva) en el marco del Derecho de daños, desde la perspectiva de comprender que cierto tipo de prerrogativas jurídicas están compuestas por un objeto de carácter bidimensional, es decir, por bienes jurídicos que poseen una esfera individual, pero que también se proyectan sobre bienes cuya esfera responde a intereses eminentemente sociales. El daño, en estos supuestos, actúa como un factor de materializador, ya que cuando el mismo impacta sobre ambas esferas, ocasiona la necesidad de dar respuestas tanto preventivas, como reparadoras, resarcitorias o punitivas en ambas dimensiones, o sea, en lo que hace a la reparación en lo individual, pero también, en lo concerniente a la afectación de derechos con proyección y relevancia social. Se complementa lo predicho, con el análisis de las denominadas “acciones de clase” como presupuesto procesal más idóneo para garantizar la efectiva tutela jurisdiccional ante la afectación de los derechos comprendidos bajo el presente estudio en materia de responsabilidad civil.

Es por ello que, entonces, resulta indispensable no sólo el indagar sobre estas cuestiones, sino, además, poder contribuir con la temática elegida brindando un aporte desde un enfoque propio de la cuestión que, según aquí se estima, puede llegar a ser de utilidad en la continuidad de seguir “*construyendo*” los conceptos bajo investigación, pero advirtiendo, también, que esta contribución no pretende ser sólo un compendio de valoraciones de tipo academicista, sino que aspira, como ansía que así sea cualquier investigador, a que la misma tenga impacto en el mundo real, en la agenda cotidiana de nuestro Derecho y nuestra sociedad.

Por último, y a fin de lograr el objetivo de *construir ese impacto en el mundo real*, el presente Trabajo Final de Graduación intenta dar respuesta a diferentes interrogantes, tales como; *¿Cuáles son las principales diferencias y similitudes entre los derechos individuales, los derechos colectivos y los derechos individuales*

homogéneos?; ¿Qué elementos identifican a los derechos individuales homogéneos como una categoría de derechos de incidencia colectiva?; ¿Cuál es la naturaleza sustantiva de los derechos individuales homogéneos?, y ¿Cuál es su naturaleza adjetiva?; ¿Cuáles serán los requisitos del daño resarcible ante las lesiones a derechos de esta naturaleza, tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial?; ¿Cuáles son los requisitos de tutela judicial colectiva para estos derechos, de construcción pretoriana, y analizados por la doctrina?; ¿Qué es una “acción de clase”?, ¿cuál sería su caracterización como instrumento de tutela jurisdiccional en materia de daños a derechos individuales homogéneos?; ¿Cuáles serían las características más relevantes de este tipo de procesos?, y ¿cómo sería cada una de ellas?; etc.

Todos estos cuestionamientos antes transcritos, se correlacionan de manera lógica, con las respuestas que las diferentes Secciones contenidas por los Capítulos de la presente obra, pretenden armar, conformando, de esa forma, el círculo virtuoso que se aspira a generar con la redacción del presente trabajo de investigación aplicada.

Primera Parte:

*Los derechos de incidencia colectiva referentes a
intereses individuales homogéneos en el ámbito del*

Derecho de daños.

Capítulo I.

De la concepción clásica de derechos subjetivos a la incorporación de los derechos de incidencia colectiva. Aspectos relevantes.

a. Introducción

Ha de emprenderse, en el presente capítulo, el recorrido conceptual de una evolución que será troncal para la comprensión de algo que, si bien suena a lugar común, no hace más que reafirmar que el Derecho, entendido como ciencia social, se encuentra en continuo movimiento y acompañando, no siempre con el mismo nivel de efectividad, es cierto, a una sociedad compleja que permanentemente va readecuando sus límites y valores conforme al momento histórico en el que se halla inmersa.

Todo ello no ha hecho más que ponerse de manifiesto en los profundos cambios de paradigma que ha vivido, a través del tiempo, la ciencia jurídica; vale la pena observar, sólo a los fines de ejemplificar este punto, como la cosmovisión individualista clásica de los derechos subjetivos, cuya concepción primigenia se remonta a los principios revolucionarios franceses, ha ido transmutando, tal como se verá en los próximos apartados, en franca sintonía con la complejización que las sociedades modernas, y postmodernas, han ido incorporando a sus dinámicas, tanto históricas como sociológicas.

Pero todo ello cobra relevancia para el presente trabajo en tanto y en cuanto se enfoque ese análisis en los aspectos que se vinculan específicamente con la hipótesis de trabajo o propuesta planteada. No se está aquí ante un tratado que intente desarrollar la evolución del Derecho – Ciencia, o el devenir de los derechos considerados individual o colectivamente, de lo que aquí se trata, en verdad, es de realizar una semblanza sobre los aspectos relevantes, en lo que a esta obra importa, de las diferentes concepciones y

modelos que el Derecho ha explorado, debatido, e incluso impuesto, con disímiles resultados a través de los tiempos, tomando como punto de partida, a fin de no extender el estudio más allá de lo razonable, a un modelo basado en la concepción de los derechos subjetivos con acento en lo individual, casi de manera excluyente.

Este recorte, en definitiva, y la razón por la cual esta temática abarca todo el primer capítulo de investigación, tiene que ver, ni más ni menos, con que para poder plantear una reinterpretación posible sobre nuevos modelos o estructuras de categorización de derechos, y desarrollar, a partir de allí, un estudio sobre cómo opera el daño a los mismos, primero se debe desentrañar y conocer en profundidad las estructuras existentes. No se trata de construir algo nuevo y disociado de todo modelo anterior, sino de reinterpretar lo existente y aportar conceptos complementarios, y no excluyentes.

Es así que a través del presente capítulo, se expondrá cómo ese modelo tradicional primigenio, fue un salto cualitativo enorme a la hora de acompañar las demandas de una sociedad convulsionada que requería poner al hombre, interpretado como sustrato individual, como centro de gravedad del Derecho. Poco a poco, sin embargo, y no sin dar batalla, se iría dando paso a perspectivas que pretendieron dar respuesta, también, a una sociedad cada vez más compleja, que comenzaba a manifestar situaciones de elevado relieve jurídico en las cuales la protección individual tradicional ya no bastaba, a fin de lograr el objetivo de contener a esas circunstancias.

En definitiva, se puede afirmar, sin temor a estar incurriendo en un error, que esta linealidad, no tan recta y pacífica como el término podría dejar a entrever, ha gozado de un carácter siempre progresivo, en los que retroceder sobre viejas tendencias o estructuras no parecía ser el sesgo adecuado, sino todo lo contrario, en el desarrollo de estos modelos de derechos. La ciencia jurídica logró poner, en consecuencia, la vara cada vez más alta a la hora de enfrentar nuevos desafíos.

Resulta fundamental el comprender, entonces, que el recorrido que comienza a desarrollarse en los puntos subsiguientes, será el imprescindible sendero lógico que depositará al tema en una categorización jurídica que introduce, de tal manera, al ámbito de consideración y estudio a los derechos de incidencia colectiva como parte de un modelo más abarcativo de prerrogativas. Poniendo a estos, según Bujosa Vadell (1997E,

1142), *personajes absolutamente misteriosos*, en la nueva agenda de análisis y propiciando, a su vez, el hallazgo de nuevas subcategorías que se van desprendiendo de este novedoso, y relativamente reciente, tronco común.

Ese será el punto de partida que permitirá, a partir de los capítulos posteriores, desarrollar tanto el sentido y alcance de una de las subcategorías predichas en materia de daños, así como lo concerniente a su tutela jurisdiccional efectiva. Es de hacer notar, además, que no se agotará el estudio sólo en los esquemas conceptuales ya explorados en la materia, sino que será aspiración de la presente investigación el arribar, a través de la revisión y reinterpretación de estos modelos, a un nuevo esquema de categorización de derechos, que permita hallar una definición más adecuada, y con fines prácticos, de los denominados por la doctrina como *derechos individuales homogéneos* (Gil Domínguez, A., 2011). Siempre teniendo en cuenta que el núcleo de estudio estará signado en profundizar sobre el daño y tutela judicial relativa a esta clase de prerrogativas, tratando de que la nueva conceptualización de la que aquí se habla, facilite la delimitación de los operadores jurídicos a la hora de interpretar el *casus*, y no se traduzca en una mera elaboración academicista del tema.

b. La caracterización clásica de derechos subjetivos. Concepto

Resulta imprescindible aclarar, como primera medida, que todo recorte que se pretenda realizar sobre un tema tan relevante y complejo para la ciencia jurídica, va a resultar siempre arbitrario y, si se quiere, escaso ante los inconmensurables desarrollos que se han hecho en la materia. De todas maneras, y para lo que aquí importa, el núcleo de estudio será el enfoque de aquello que, tradicionalmente, ha sido la caracterización de los derechos subjetivos, abarcando, desde allí, la tarea de desentrañar, o intentarlo al menos, tanto los contenidos del concepto en sí mismo, como los principales caracteres que, conforme a la doctrina clásica en la materia, son tomados en cuenta a la hora de profundizar tal temática.

La importancia que reviste el realizar la misión propuesta por el presente apartado girará en torno a descubrir y exponer detalladamente, la cosmovisión individual reinante, como rasgo distintivo, tanto en lo que ha sido la elaboración y caracterización del modelo clásico de derechos subjetivos en el ámbito del Derecho Privado, como la evolución experimentada en el terreno *ius publicista*, tomando como punto de partida, ya que es la cúspide de todo el sistema jurídico, al plexo constitucional.

Cabe advertir, entonces, que no es propósito de la presente investigación el adentrarse en la evolución y naturaleza del concepto “derecho subjetivo” como noción técnica, sino más bien, profundizar acerca del enfoque tradicional que encumbró a la esfera de reconocimiento individual de prerrogativas como ámbito tuitivo, derramando esta consideración sobre toda la ciencia jurídica clásica. Ello será el *quid* de la cuestión en esta obra, ya que la concepción tradicional predicha será contrapuesta a las evoluciones que propendieron a la incorporación de una ampliación del ámbito de protección y reconocimiento, más allá de lo individual, tanto hacia lo pluriindividual, como hacia lo colectivo. Algo que promueve el debate hasta nuestros días, y merece, claramente, una mayor profundización.

Para comenzar con la propuesta del acápite, y como primera aproximación al tema nodal, se recurrirá a una definición de derecho subjetivo que remarca los extremos más relevantes de la cuestión a la hora de intentar definirla, teniendo en cuenta la importancia que asume el arrimar un concepto que, como punto de partida, servirá de continente de todo contenido a desarrollar a posteriori.

La afirmación de la que se parte es aquella que pertenece al eminente autor Buteler Cáceres, quien afirma en su obra que por *derecho subjetivo* se comprende a toda “...*facultad de obrar y de exigir con miras a la satisfacción de un interés honesto y justo, digno de la tutela jurídica...*” (Buteler Cáceres, 2000, pp.52). De esta forma, el *Derecho* como complejo normativo, es decir, como Derecho en sentido *objetivo*, reconoce y tutela prerrogativas, facultades, atribuciones o potestades, cuyo contenido teleológico está orientado hacia la “...*satisfacción de un interés honesto y justo...*” (Buteler Cáceres, 2000, pp.52).

Ahora bien, el ordenamiento jurídico no reconoce tales prerrogativas de manera indiferente al sustrato al cual debe ese reconocimiento, sino que lo hace predisponiendo su órbita a tutelar sobre un sujeto en el cual ha de recaer la predicha protección. Y ese sustrato al que se hace referencia no es otro que, como bien apunta el autor precitado, la persona; siendo el concepto comprensivo tanto de la persona humana, como sustrato individual, como así también de la persona jurídica, como “...*abstracción del pensamiento jurídico fundada en la realidad social, en virtud de la cual los grupos humanos organizados, en atención a sus fines, gozan de personalidad jurídica...*” (Buteler Cáceres, 2000, pp.157). Nótese que el concepto vertido habla de *abstracción*, y ello es fundamental, toda vez que la consideración que se tendrá de ese *grupo humano organizado* como sujeto individual de derecho, será en virtud al ejercicio lógico jurídico mencionado. Cabe agregar, sobre esta última categoría de personas, que su participación en las clasificaciones de derechos subjetivos se torna más acotada a aquellas prerrogativas predicables de su propia naturaleza, verbigracia: no podría predicarse el reconocimiento de derechos humanos de una persona jurídica, aunque claramente, será dable a reconocerlos de cada uno de los sujetos del grupo organizado.

Esta Persona, sin la cual “...*no habremos de considerar el derecho subjetivo...*” (Buteler Cáceres, 2000, pp.52), no habrá de ponderarse como una nota aislada, sino

como parte de una “...estructura racional del derecho subjetivo...” (Buteler Cáceres, 2000, pp.52). Esta estructura encierra tres elementos que hacen a su esencia, siendo el primero de ellos este *sustrato individual* que se mencionara antes. Como segundo elemento, o categoría, estructural se encuentra al objeto que será definido, en general, como aquello sobre lo cual el derecho subjetivo ha de recaer (Buteler Cáceres, 2000) y en particular, por la clase de prerrogativas propiamente dichas. Es decir que el objeto, entonces, podrá ser identificado con la propia “...persona mirada a través de todas las partes constitutivas de su ser, en cuanto organismo viviente y espíritu...” (Buteler Cáceres, 2000, pp.177), o con la persona del tutelado por “...los llamados derechos potestativos...” (Buteler Cáceres, 2000, pp.177), conjuntamente con todo aquello que comprenda a su “...protección y asistencia integral...” (Buteler Cáceres, 2000, pp.177). Será considerada objeto, además, y conforme a otra clasificación de derechos subjetivos, a la *prestación debida*, que es definida como “...una conducta humana, susceptible de apreciación pecuniaria, orientada a satisfacer un interés del acreedor no necesariamente económico...” (Pizarro, R.D., Vallespinos, C.G., 1999, T.1, pp.51). En lo tocante a la última de las clasificaciones particulares de derechos subjetivos que aquí se relevan, su objeto se asimilará a las cosas, entendidas como “...objetos materiales susceptibles de tener valor...”¹ o, en un sentido general, a los bienes jurídicos, interpretados éstos como elementos “...ideales e inmateriales...” (Buteler Cáceres, 2000, pp.178).

El tercer componente que completa la estructura que aquí se ha ido desmenuzando, es el título o causa eficiente “...en virtud de la cual las relaciones jurídicas nacen, se modifican o transforman, se transmiten o se extinguen...” (Buteler Cáceres, 2000, pp.195). Los hechos y actos jurídicos, en cuanto se definen como acontecimientos susceptibles de producir el nacimiento, la modificación o transformación, la transmisión, o la extinción de los derechos subjetivos, serán la especie contenida por este estrato.

Es así como de la descripción que se acaba de hacer, se desprende un esquema de clasificación de derechos subjetivos que, fundamentalmente, ha constituido el norte

¹ Art. 2311, Cód. Civ. Arg.

tenido en cuenta por el Dr. Vélez Sarsfield a la hora de seguir un método determinado para la redacción de su obra cumbre, el Código Civil Argentino².

Este esquema, que viene a erigirse como el núcleo central del Derecho civil pero que, como se verá, ha transfundido, conforme a la doctrina clásica, sus virtudes descriptivas hacia todos los derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico, gira en torno a dos grandes categorías, a saber:

...a) los derechos que importan directa o inmediatamente a la propia persona, y b) los derechos que importan directa e inmediatamente al patrimonio, a los bienes, dejando a los llamados derechos intelectuales como una categoría intermedia entre los primeros y los segundos... (Buteler Cáceres, 2000, pp.53).

Queda claro que la clasificación expuesta no se agota en esta primera aproximación esquemática, sino que, como bien lo desarrollara a modo introductorio Buteler Cáceres (2000), cada una de esas categorías encierra, a su vez, subcategorías que resultan de importancia cardinal para el ordenamiento. Entre ellas se podrá hablar de los llamados *derechos personalísimos* o, en una concepción acaso más abarcativa y clarificadora, de los denominados *derechos innatos, o humanos*, a los que el Derecho se limita a reconocer, ya que son inherentes al hombre por su sola condición de serlo, en su condición de absolutos y necesarios, conjuntamente al correlativo deber jurídico que pesa *erga omnes*, es decir, sobre la sociedad en general, acerca de su irrenunciable e indisponible respeto.

Sobre ello, y haciendo una pequeña digresión muy conveniente como para ilustrar el punto, es que se trae a consideración lo expuesto por Federico Andreu (2014) al sostener que el primero de estos Derechos Humanos, junto al derecho a la vida, es, justamente, el derecho al reconocimiento de la *personalidad jurídica*, noción que se enlaza inescindiblemente con esta concepción clásica civilista que aquí se radiografiando en cuanto define la propia titularidad de los derechos y deberes reconocidos, al determinar la “*existencia efectiva*” del sujeto de derecho como tal, tanto como su “*capacidad de actuar*”. De esta manera, y sólo a título ejemplificativo, se podrá encumbrar dentro de esta caracterización a los llamados *atributos de la*

² Ley N° 340, De sanción del Código civil, 29/09/1869.

personalidad, tales como *el nombre*, que vienen a conformar el contenido de esta investidura jurídica.

No es posible finalizar esta pequeña licencia antedicha sin remarcar que no toda la doctrina tradicional ha acompañado conspicuamente al desarrollo precitado. Es digno de mencionar, tal como lo hace en su obra Buteler Cáceres (2000), que para un sector minoritario, entre ellos el célebre jurista cordobés Alfredo Orgaz, la noción de *derechos de la personalidad* no debía confundirse con la de *derechos subjetivos* propiamente dichos, ya que estos últimos importan una atribución o facultad, correlativa de un deber, que en caso de los primeros derechos mencionados no podría predicarse ya que los mismos serían de alcance absoluto, sin admitir límite alguno. Además, los derechos subjetivos implican la existencia de un objeto, el cual nunca podría confundirse con la propia persona, ya que ello sería un contrasentido. Resulta interesante traer a colación esta postura, ya que la misma, al igual que el desarrollo que se viene realizando *in extenso*, fue contexto de estudio y análisis del pensamiento tradicional, y sólo por ello, muy valioso, aún desde la discrepancia.

Retornando a la esquematización propuesta, también se debe mencionar, como otra especie dentro de la primera categoría, la de los llamados *derechos potestativos* que, en lo tocante a la esfera de reconocimiento individual, se corresponden con un complejo de poderes, facultades y deberes producto de la propia naturaleza de las relaciones de familia.

En cuanto a la segunda categoría, se estará frente a los denominados *derechos personales*, u *obligaciones*, que componen la materia del derecho de crédito, y los *derechos reales*, o derechos *sobre* las cosas o *en* las cosas, que otorgan al sujeto un poder de señorío sobre ellas.

Mientras en la última esfera esquematizada, se hallarán ubicados los *derechos intelectuales*, que comparten notas tanto de patrimonialidad, como de extra patrimonialidad, ya que, en el primer caso, existirá un derecho de *propiedad intelectual*, mientras que, en el segundo caso, habrá amparo jurídico a la *obra* como manifestación de la *creación humana*.

Cabe hacer la aclaración que lo antedicho sólo posee valor a los fines enunciativos, ya que excede al trabajo, y al interés puntual de este acápite, el desarrollo en profundidad de cada una de estas categorías. No obstante, resulta importante haber hecho esta enumeración, aunque sea de manera superficial, a los fines de poder ubicar conceptualmente cada una de las esferas tuteladas.

Hasta aquí llega el recorrido descriptivo sobre esta estructura básica, que no podrá soslayarse a la hora de analizar cualquier prerrogativa que adquiera relevancia jurídica, y que, en profundidad, ha sido desarrollada por la doctrina del Derecho Privado en nuestro país, sirviendo a la ciencia como punto de partida para la consideración de una doble perspectiva, la de una esfera constitutiva del propio derecho toda vez que hablemos de la “*facultad de obrar*” reconocida a un sujeto, y una esfera instrumental como “*facultad de exigir*”, siempre reconocida al sujeto y con miras a una finalidad determinada, como en párrafos anteriores fuera definido.

Este doble enfoque, entonces, signará un modelo de tutela sustancial y procesal que, como ya se abordará en profundidad en el apartado siguiente, tomará al derecho subjetivo como “...*la máxima expresión de sintonía entre faz estructural y dimensión instrumental...*” (Gil Domínguez, 2011). Esta doble concepción sobre los derechos subjetivos será la base de las doctrinas *ius publicistas* que distinguirán, como bien marca Balbín (2001) un esquema “...*tradicional tripartito...*” compuesto por derechos subjetivos propiamente dichos, como máximo exponente de esta doble perspectiva, intereses legítimos e intereses simples, como estratos diferenciales de la fuerza tuitiva del Derecho. Sobre este punto se volverá a hacer hincapié en el próximo apartado, por lo que a ello se remite.

Claro está que la presente caracterización no resulta ser una abstracción del contexto histórico en el que fuera desarrollada, y la comprensión de ello resulta muy útil a la hora de adentrarse en el análisis, en particular, de uno de los aspectos necesarios a fin de intentar demostrar cual ha sido la matriz de pensamiento que ha dominado a estas construcciones, tal como ha sido la cosmovisión individual del hombre parado frente al Derecho, signo inefable de una época y una tradición.

El contexto que dominaba el pensamiento jurídico decimonónico; marco histórico de los principales intentos por definir el concepto de derecho subjetivo, tales como los descritos por Buteler Cáceres (2000), del jurista alemán Carlos Federico de Savigny, quien definiría al derecho subjetivo como “...*la voluntad de obrar mirada como un fin en sí mismo...*”, o la definición aportada por Ihering, quien lo identificará con “...*todo interés jurídicamente protegido...*”; abrevaba en las corrientes de pensamiento surgidas a fines del Siglo XVIII, resultando la más influyente de ellas, según Lorenzetti (2010), la denominada por la doctrina como constitucionalismo clásico, dado su rasgo sistematizador dentro de la órbita jurídica. Esta corriente había venido a encumbrarse como una reacción frente a los abusos del estado absolutista, que ponía en la voluntad del monarca la única vía de reconocimiento de derechos.

Estas posturas y doctrinas, entonces, vinieron a modificar ese centro de gravedad, cual giro copernicano, colocando el acento en los derechos y libertades civiles, reconocidos a todos los hombres como individuos por el sólo hecho de serlo. Este giro significaría, pasar “...*de ese estado absolutista, sin límites, donde el rey podía todo...*” hacia “...*una concepción en la cual es el hombre quien realmente tiene los mayores fines; el estado tiene finalidades limitadas, porque el hombre es anterior y superior a él...*” (Vanossi, 2000, pp.8-9). En este nuevo orden de cosas, entonces, “...*al estado sólo se le pedía un deber de abstención: no violar ni impedir el goce de los derechos individuales...*” (Lorenzetti, 2010, pp.85).

Pero estas elaboraciones no se habían generado por combustión espontánea, si se permite el término, sino que reconocían su génesis, a su vez, en las vertientes filosóficas del contractualismo que, como corriente de pensamiento *ius filosófica* afincaba sus raíces en el Siglo XVII, etapa que dará a luz, según Martínez Paz (1999), al ideal de la *sistematización*, y que definirá, o comenzará a perfilar, al menos, la concepción del Derecho, actualizando, por un lado, al pensamiento contractualista, y buscando, por el otro, una construcción universalista del ordenamiento jurídico. Serán filósofos como Thomas Hobbes quienes harán resurgir con nuevos fundamentos, “...*a las doctrinas del pacto o acuerdo social...*” (Martínez Paz, 1999, pp.147), conceptos que, a la postre, se tornaron fundamentales a la hora de encaminar los desarrollos que se hicieran en el tema.

No obstante las fuentes filosóficas mencionadas, es innegable que el hito en la materia, aunque no el único³, lo conformarían los ideales revolucionarios franceses de finales del S. XVIII, ya que allí quedaría fijado un punto de partida en la agenda programática del reconocimiento del hombre como sujeto individual de derechos, a través de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano), que fuera sancionada por la Asamblea Nacional constituyente Francesa del 26 de Agosto de 1789.

Estos hitos, o eventos, decisorios de la historia no vienen a colarse al presente apartado como una manifestación testimonial solamente, sino que son mencionados a los fines de remarcar como esta cosmovisión antropocéntrica ya referida tuvo, precisamente en estos hechos, su relación causal necesaria. No se podrá desvincular, entonces, a la visión del hombre como individuo de éstas, sus acciones más relevantes como tal.

Son más que ilustrativas, para comprender acabadamente las motivaciones de la etapa a la cual se viene referenciando, las palabras del célebre Jean – Jacques Rousseau en su obra *El Contrato Social* (1761), quien al definir el ideal que gobierna al concepto que le daba título a su obra, expondrá:

...encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y bienes de cada asociado, por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como anteriormente. Tal es el problema fundamental al cual da solución el contrato social...

Resulta claro y evidente que las palabras del célebre filósofo Suizo alumbran en el sentido de plasmar, sin reparos, la perspectiva de época argumentada. Es interesante detenerse en estos conceptos, ya que subyacen en ellos, los rasgos más salientes de todas las nociones que nutrieron a la doctrina tradicional.

Estas ideas contractualistas gozarán, en la Argentina, de su respectiva recepción dentro del contexto del proceso constituyente, que irá sistematizando las principales notas de aquellos preceptos durante el proceso organizacional como nación, pero que,

³ Es digno de mencionar, además, el otro gran mojón histórico que, en este sentido, implicó la Declaración de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, del 4 de Julio de 1776, ya que, junto a la sanción de su constitución, en 1787, importaron influencias directas en nuestro propio proceso constituyente.

sin lugar a dudas, quedará culminado con la propia sanción de la Constitución Nacional (1853-1860). La Carta Fundamental no quedará sin absorber, además, profusa influencia del proceso constituyente norteamericano, también embebido de las corrientes bajo análisis en el presente punto.

Esta recepción ideológica de la que se habla, quedará plasmada en los principios de reconocimiento individual de los derechos y libertades civiles y políticos del hombre que conformarían la parte dogmática de la Carta Magna, como consagración del reconocimiento máximo de estas prerrogativas.

Es necesario hacer notar que más allá de que, como bien apunta Heredia (2007), la Constitución y nuestro Derecho Positivo pertenezcan a dos *culturas diferentes*, caracterizadas por abreviar en distintas fuentes o antecedentes de inspiración, no se podrá dejar de observar ciertos rasgos que identifican, claramente, la caracterización de prerrogativas que informan a ambos cuerpos sistemáticos. Ello se da de esa forma en tanto y en cuanto la noción de derecho subjetivo resulta ser mucho más abarcativa, incluso, que los odres jurídicos que procuran contener su reconocimiento y clasificación.

Es indudable, a esta altura, que la doctrina clásica en materia de derechos subjetivos, anclará en dos caracteres insoslayables a la hora de ser analizados; a) un sujeto considerado *individualmente* a la hora de serle reconocidas tales prerrogativas, ya que éste se constituye como el centro de gravedad de todo el sistema, y b) un núcleo de derechos y libertades que, como bienes u objetos de derecho, conforman la substancia de *apropiación individual* por parte del sujeto. Siendo el Estado el encargado de reconocer aquello que, como bien apunta Vanossi (2000), se encuentra en un plano “...*anterior y superior*...”, además del deber de abstenerse de todo intento que conspire contra el pleno goce de estos derechos.

Esto se viene a definir como una suerte de concepción transversal de los derechos subjetivos ya que, a pesar de las diferentes fuentes en las que hayan abrevado conforme en que área de la ciencia jurídica se centre el análisis, aplica tanto a las prerrogativas que se desprenden del plexo constitucional, ley suprema de todo el ordenamiento

conforme el Art. 31 CN⁴, como a aquellas que encuentran su marco delimitador en el derecho positivo *in totum*. Conformando, de esta forma, una clasificación jerárquica uniforme de prerrogativas reconocidas por el ordenamiento jurídico, considerado en su integridad, y consecuencia ineludible, como se ha podido observar al repasar las corrientes ideológicas del ciclo histórico referenciado, de la consagración de un ideal de convivencia basado en el respeto absoluto a la esfera individual del hombre, tanto en su plena subjetividad, como en sus relaciones humanas, patrimoniales, sus creaciones y relaciones de señorío sobre, y en su propiedad.

En conclusión, no será el modelo o caracterización clásico de derechos subjetivos, tal como se ha desarrollado en el presente apartado, el que entrará en crisis en las postrimerías del Siglo XIX y, sobre todo, comienzos del Siglo XX cuando, como ilustra Lorenzetti (2010), las profundas, y traumáticas en muchos casos, transformaciones sociales generarían la exigencia de salir, por parte del Estado, de la postura abstencionista tradicional, para asumir los nuevos roles que la hora exigía. Un Estado que tenía, ahora, “...verdaderos imperativos para con la sociedad, surgiendo contemporáneamente los derechos sociales, como exigencias para un cumplimiento efectivo de las prestaciones asumidas...” (Lorenzetti, 2010, pp.85).

Estas transformaciones no pondrían en debate el modelo clásico de derechos subjetivos ya que el mismo, *per se*, continuaría siendo abarcativo de los nuevos desafíos jurídicos que se presentaban, sino que, en todo caso, pondrían en tela de juicio a su aspecto preponderante hasta ese entonces, tal y como era la concepción individualista de su dimensión tutelar.

En esta etapa, crítica para el concepto individualista clásico recorrido,

...el Derecho comienza a reconocer como dignos de tutela intereses diversos de los estrictamente individuales y enfocados en el individuo en su subjetividad asociativa: como miembro de la familia, de un sindicato, de una empresa, de un sector social (mujeres, niños, ancianos, trabajadores)... (Lorenzetti, 2010, pp.85).

⁴ “Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.” *Const. Nac. Arg.*

Ello no significará, si se efectúa una correcta relectura de las definiciones aportadas por el autor, un debilitamiento de la esfera individual de reconocimiento de derechos, sino que importará, más bien, una adición crítica al modelo tradicional, al reconocer, claro está, un nuevo plano dimensional del hombre frente a la sociedad, su *subjetividad asociativa*. A decir de Padilla (1988) si bien en un principio ambas esferas, la individual y la social, parecieron estar enfrentadas y ser excluyentes, casi como la una representando un obstáculo cierto para la concreción de la otra, a medida que las conquistas sociales fueron impregnando los procesos constitucionales, “...fue aceptándose que los derechos sociales eran una extensión o ampliación de los individuales...” (Padilla, M., 1988, pp.1).

Este cambio de paradigma implicará una nueva exigencia hacia el Estado, quien ya no sólo debe garantizar y reconocer la plenitud del goce de los derechos, sino que debe operar, además, de manera activa en procura de dar cumplimiento a los nuevos marcos de protección y prestación jurídica que ha asumido.

En este contexto, entonces, se irán sumando nuevas prerrogativas al elenco tradicional de derechos subjetivos, que reconfigurarán su núcleo de tutela y reconocimiento, pero que seguirán mostrando al hombre, como sujeto de derechos, en su faceta individual, aunque ya no solamente desde una perspectiva que tome al “*sujeto aislado*” como tal, sino desde un nuevo enfoque, necesario, que tome a ese individuo en su dimensión relacional, y su pertenencia social.

El futuro demostraría, como apunta Lorenzetti (2010), que a partir de allí, daría comienzo a un proceso que iría perfilando nuevas nociones, tal como la de los denominados *intereses difusos*. Se pondría, entonces, sobre el tapete, el debate sobre esta concepción clásica, de neto corte individualista, en la búsqueda del reconocimiento de una dimensión *pluriindividual* de los derechos. Será esa evolución, en gran medida, lo que ocupará un espacio protagónico en los posteriores acápites del presente capítulo.

c. “derecho” e “interés”. Distinciones

Para comenzar, es bueno explicar por qué resulta importante el tratamiento pormenorizado de la distinción que le da título al apartado ya que, a priori, uno podría considerar que el presente contenido no guarda relación lineal con el hilo evolutivo que se halla subyacente entre la caracterización clásica de los derechos subjetivos, tema tratado en el punto anterior, y la recepción de los derechos de incidencia colectiva en el marco del Derecho, temática que tendrá tratamiento extenso en los acápites posteriores. Ello no resulta ser estrictamente así ya que, como se podrá observar a lo largo de todo el capítulo, toda caracterización que se ha hecho tradicionalmente, y en general, de las prerrogativas y facultades reconocidas a un sustrato que excediera el plano puramente individual, ya sea colectivo o, como será analizado más detalladamente, pluriindividual, ha considerado a estos últimos como intereses, diversos de la noción de derecho, que sólo ha quedado reservada a la prerrogativa individual propiamente dicha, poniendo, como afirma Gordillo (2014), en franca contraposición a las nociones de *derecho subjetivo*, *interés legítimo* y, en un plano más genérico, pero no por ello desconocido, al *interés simple* y a los caracterizados como *difusos*, tema que ha sido materia de profuso desarrollo en la órbita del Derecho Administrativo, tal como apunta el autor precitado, y que será objeto de estudio oportunamente.

Lo que ha de justificar, en definitiva, y más allá de lo predicho, el análisis propuesto y su ubicación metodológica, gira en torno a que entre lo individual, lo pluriindividual y lo colectivo, nociones que atraviesan toda la materia bajo estudio, en términos generales, derecho e interés han sido conceptos que han jugado un rol, a veces clasificador, a veces de gradación, a veces como mera distinción semántica, tanto respecto de la faz constitutiva del vínculo entre el sujeto, o los sujetos, y la prerrogativa, como en su órbita instrumental.

Es bueno recordar que, tal como quedara planteado en el acápite previo, toda facultad, reconocida jurídicamente, constará de una esfera estructural como *facultad de obrar y ejercer* plenamente un derecho dentro de los límites y deberes correlativos que

dimanan de él, y una esfera instrumental como *facultad de exigir* el respeto, la abstención en su avasallamiento, o la reparación frente a su lesión. Además de encerrar, claro está, la finalidad, o utilidad, que el titular persigue tanto en el pleno ejercicio de su prerrogativa, como en la instrumentación de la exigencia predicha, en miras a conseguir su satisfacción.

En esta última definición es que se hallan, ínsitos, tanto el elemento ontológico, es decir, el poder jurídico en sí mismo reconocido como prerrogativa o facultad (Buteler Cáceres, 2000), que se enlaza a la noción de derecho como concepto que describe el vínculo exclusivo de éste con su titular; como el elemento teleológico, es decir, la finalidad perseguida en miras a su satisfacción, que se asimila al interés y que, tradicionalmente, ha servido de base para la construcción de un concepto más abarcativo, sobre todo en su esfera instrumental o procesal, y que con el propósito de tutelar, como describe Lorenzetti (2010), o bien con la plena facultad de exigencia en miras a la satisfacción de un derecho por parte de su titular, o bien situaciones subjetivas de concurrencia de un grupo determinado o determinable, o bien intereses genéricos e indeterminados, o también, tras recorrer un largo camino de evolución, una situación “dilatada”, o difusa, en cuanto a su titularidad, por tratarse de un interés pluriindividual que tendrá por objeto a bienes colectivos. Estas formas que asumirá el interés, entonces, como medida de legitimación que habilita a un grupo de personas, a una asociación o, inclusive, a un individuo en representación de otros, o de todos, ha venido a encumbrarse como una categoría diferenciada del derecho subjetivo propiamente dicho, que no escapa de la conveniencia del propio sujeto de esa prerrogativa.

Queda claro, a esta altura, que tanto el elemento ontológico descripto, como su teótesis, son nociones, ambas, que quedan atrapadas en la órbita de comprensión de los derechos subjetivos, a cuya concepción tradicional, ya desarrollada en el acápite anterior, se remite.

La síntesis mejor planteada del fenómeno prenombrado se dará, entonces, cuando “...el titular de un derecho ejerza a la vez la legitimación procesal...”, ya que ello “...es la máxima expresión de sintonía entre faz estructural y dimensión instrumental que puede ofrecer el Estado constitucional de derecho...” (Gil Domínguez, A., 2011, pp.1).

Ahora bien, la construcción de una categorización que distinguiera entre interés legítimo, simple y difuso, como afirma Gordillo (2014), fue materia de desarrollo en la órbita del Derecho Administrativo, y en ella, estas nociones vinieron a calificar el vínculo de titularidad efectiva con la prerrogativa, es decir que, según la relación existente entre quien exigía el cumplimiento de una norma, el cese de un avasallamiento, o una medida reparadora ante el Estado, con el derecho conculcado, sería graduada la medida del interés perseguido. Así se tendrá, dentro de la primera categoría, que la misma

...ha sido como una parcela debilitada o de menor jerarquía entre las prerrogativas jurídicas, sea en razón de la concurrencia con que dicha calidad es poseída, o a consecuencia de la falta de una norma especial que indique la titularidad de la potestad en el individuo... (Giannini, L., 2005, pp.42).

También existiría una gradación, de mayor alcance pero de mínima intensidad respecto a lo procesal, que estaría caracterizada por el simple interés. Dentro de él, quedaría atrapado el denominado “*interés público*” o “*interés general*” al cumplimiento de las leyes, y a la no ilegitimidad de los actos, pero ello, por la misma generalidad de su tesis, y por su carácter abstracto, solo gozaba, en materia administrativa, de la posibilidad, por parte de los individuos, de efectuar meras denuncias ante el incumplimiento o la ilegitimidad, pero no de promover acción “*...al no existir un interés concreto y particularizado por parte del sujeto...*” (Lorenzetti, 2010, pp.85).

En lo tocante a la última de las tipologías tradicionalmente consideradas, se hablará allí del interés difuso como una tesis “*dilatada*” en cuanto a la relación de los sujetos, y “*...necesariamente vinculada a los bienes colectivos...*” (Lorenzetti, 2010, pp.85). Por lo cual resultaba imperioso otorgar a quien promoviera acción en defensa de esos bienes, una legitimación extraordinaria a los fines de representar a ese interés “*ensanchado*”.

En definitiva, y como un modo de pasar en limpio el tema, la noción de *derecho* ha estado, tradicionalmente, relacionada a la órbita de titularidad individual del sujeto, tomando al interés como un elemento teleológico e intrínseco de éste, para el caso, mientras que, cuando la órbita a tutelar excedía, ya sea por cuestiones relacionadas a los

sujetos o al objeto de derechos, el marco individual, el *interés* aparecía como una noción fundamental a la hora de hallar un factor que justificara la legitimidad en su ejercicio, o reivindicación.

En el esquema clásico, lo pluriindividual y lo colectivo no tenían cabida dentro del concepto de derecho, pero nada obstaba a considerar la defensa de un fin común como respuesta. Está claro que la respuesta más contundente llegaría de la mano del desarrollo, e introducción, al orden jurídico de la noción de “*derechos de incidencia colectiva*”⁵ que, como bien apunta Balbín (2001b), puso en jaque a este modelo tradicional de derechos e intereses que se han venido describiendo, ya que el mencionado concepto, al compartir notas de todas las categorías clasificadas por ese modelo, ha presentado la necesidad de reformular esos criterios. Pero ello, ¿se ha logrado del todo?.

Si se comenzara por observar, tomando como punto de partida una clasificación técnico – jurídica que el cimero tribunal argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, efectuara en ocasión de dar los fundamentos de un fallo que, a lo largo de la presente investigación, será desmenuzado y profundizado en cada uno de sus extremos, tal y como es el *Leading Case* “Halabi”⁶, se encontrará en él que todavía la distinción entre *derecho* e *interés* goza de cierta buena salud, sobre todo si se toma en cuenta que el máximo tribunal no se priva, aún para el tiempo de aquél Fallo, de colocar en esferas diferenciadas ambas nociones aunque, en honor a la verdad, si haya re categorizado, de manera palmaria, a la primera noción bajo estudio.

Por eso será que en el decisorio se podrá encontrar, claramente definido, un esquema que aún informa sobre categorías de derechos e intereses, y que será tomado aquí como disparador a fin de remarcar sus notas tipificantes, para lograr, de esa forma, contraponer sus aspectos críticos a fin de contribuir, además, a esta idea que propone Balbín (2001b) de intentar *reformular* criterios, a los efectos de adaptarse a una nueva realidad jurídica como la que hoy enmarca a la presente investigación.

⁵ Ver arts. 36 al 43, *Const. Nac. Arg.*

⁶ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25873 Dto. 1563/04”, *Fallos* 332:111 (2009).

Volviendo al análisis propuesto, la Corte, al plantear la clasificación de las diferentes prerrogativas reconocidas en nuestro ordenamiento, tanto individuales, como pluriindividuales y colectivas, amparadas, además, por el sistema procesal, expresa en el considerando 9° del Fallo, que conviene “...delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos...”⁷. Vale aclarar que, si bien el máximo tribunal plantea esta cuestión en torno a la legitimación procesal, tal como se observa de la atenta lectura de los considerandos subsiguientes, avanza, también, sobre toda una caracterización del contenido de estas prerrogativas que no escapa, en lo más mínimo, al sesudo análisis de las cuestiones sustanciales comprometidas.

En efecto, el fallo plantea, sobre la esfera plenamente individual que “...en estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular...”⁸, dejando en claro que, cuando el citado voto alude a que “...no hay variación...”⁹, se está refiriendo a que el concepto planteado sigue guardando estricta relación con la noción clásica de derechos subjetivos, que tal como se desarrollara en el apartado anterior, y en lo tocante a la noción aportada por el cimero tribunal, se identifica con aquella “...Facultad de obrar y de exigir...” (Buteler Cáceres, 2000, pp.52), extremos que informan, tal como señala Gil Domínguez (2011), la faceta *estructural*, y la consecuente *dimensión instrumental* de los derechos en cuanto a su ejercicio concreto.

Continúa la Corte con la segunda categoría del esquema planteado, resultando por demás interesante resaltar que ya habla aquí de “...interés colectivo...”⁹ al individualizar uno de los subtipos de derechos de incidencia colectiva reconocidos por el plexo constitucional, justificando tal afirmación desde dos aspectos, uno estructural o sustancial, y otro instrumental o procesal. Sobre el primer aspecto dirá “...Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos...”¹⁰ sobre los

⁷ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 9° del voto de la mayoría.

⁸ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 10° del voto de la mayoría.

⁹ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 11° del voto de la mayoría.

¹⁰ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 11° del voto de la mayoría.

cuales no podrá predicarse, en ningún caso, que “...*existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos...*”¹¹, basando tal diferenciación en que, respecto al objeto, “...*éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna...*”¹² en cuanto a los sujetos, agregando, además, que no se trata aquí de una titularidad predicable hacia un número indeterminado de personas ya que, de ser así, la sola determinación de una de ellas como sujeto titular del derecho, ocasionaría la apropiación individual, inadmisibles en este tipo de bienes, ni de una comunidad en sentido técnico, ya que ello, con idéntica finalidad que la anterior, podría dar procedencia a la petición de extinción del régimen de cotitularidad, ínsito en este instituto¹³.

Queda claro, conforme lo antepuesto, que la corte suprema aprecia, conjuntamente, a un *derecho colectivo*, tal como el reconocido por el plexo constitucional en su Art. 41¹⁴, que es tomado como aquél que pertenece a toda la comunidad como sujeto, y que comprende a bienes colectivos insusceptibles de apropiación individual como su objeto, y a un *interés colectivo*, claramente asimilable a la noción de *interés difuso* y que, en términos concretos, significará “...*que la satisfacción de uno de los titulares del grupo implica necesariamente la satisfacción de todos los integrantes de dicho grupo...*” (Rivera, J., 2008II). Ello importa, a su vez, el reconocimiento a la sociedad en su conjunto, como depositario exclusivo y no individualizable aunque, en su faz instrumental, permita una legitimación extraordinaria, por cuestiones fácticas, de un sujeto afectado, del Defensor del pueblo, o de instituciones cuyo interés se relacione con el colectivo, vinculando así a ese colectivo en cualquier proceso en el cual se sustancien

¹¹ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 11° del voto de la mayoría.

¹² CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 11° del voto de la mayoría.

¹³ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 11° del voto de la mayoría.

¹⁴ “**Artículo 41.**- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.” Const. Nac. Arg.

cuestiones que pongan en juego ese *interés*, que se definirá por la finalidad de que el goce de una prerrogativa de esta categoría no sea conculcada ni afectada en modo alguno. El concepto de derecho asociado a bienes colectivos queda incólume, entonces, mientras que el interés admisible para este tipo de prerrogativas se centrará sólo en la *telesis difusa*, excluyendo de ella a cualquier finalidad determinable en cabeza de un sujeto o grupo.

Pero si se quisiera comprender mejor esta suerte de desdoblamiento entre derecho e interés comprometidos en materia de derechos colectivos, bastaría con examinar lo planteado por el mismo tribunal en otro fallo de crucial importancia. En “*Mendoza*”¹⁵, un grupo de diecisiete personas, por derecho propio, y en representación de otros, promueve acción de daños y perjuicios en contra de un grupo de empresas y el Estado Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la contaminación ambiental producida sobre una zona hídrica conocida como la cuenca Riachuelo – Matanza, que implica diferentes tramos y desembocaduras y que, a su vez, impacta sobre zonas habitadas, por lo cual se plantea urgente y necesario dar término a la actividad contaminante, y reparar el daño acaecido como consecuencia de ello.

Lo especialmente relevante para el análisis que aquí se promueve es que, en el presente caso, existe un grupo de personas individualizadas que, estructuralmente, es acreedora como parte de la comunidad de la libre facultad de goce y ejercicio de la vida en la plenitud de un ambiente sano y que, instrumentalmente, se encuentra legitimado *a exigir*, como afectado, en miras de un *interés general o colectivo*, y no en cuanto a su provecho, o finalidad, individual.

En este sentido, el tribunal hace una diferenciación clave ya que, por un lado, identifica una pretensión en cabeza de cada uno de los actores por el daño sufrido a bienes individuales a través de la lesión ambiental, en concordancia, dice la Corte, con lo establecido por el Art. 27 de la Ley N° 25.765¹⁶, del daño ambiental como afectación a un bien colectivo e indivisible, conforme al mismo texto legal.

¹⁵ C.S.J.N., “*Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros*”, JA 2006-III-294, (20/06/2006).

¹⁶ Ley N° 25.675, *Ley General del Ambiente*, (27/11/2002).

Ello se tornará clave porque, más adelante en el decisorio, se ve patentizado ese *interés colectivo*, reconocido a la comunidad toda, en la tarea encomendada de restauración del medio ambiental afectado, al considerar que

*...ese "fondo público" persiga entre sus objetivos cuidar el ambiente, velar por su protección y su restauración a favor del beneficiario de la fiducia que es el público en general, y contribuya a sustentar los costos de las acciones de la restauración que puedan minimizar el daño generado...*¹⁷

Pero será más contundente todavía, al apreciar el resarcimiento por el daño moral, consecuencia de las afectaciones que resulten irreversibles, ya que aclara que, esa indemnización “...no tendrá un beneficiario en particular sino la comunidad vecinal toda...”¹⁸.

De lo predicho se colige, de manera más que clara, que en el caso de los actores que promueven la demanda, coexiste un derecho sobre un bien colectivo, del cual no podrán “apropiarse” por ser éste un objeto insusceptible de apropiación individual, pero que les asiste por ser parte del colectivo “comunidad”, y un interés subyacente que se verá desdoblado, ya que, por un lado, estará el interés individualmente perseguido por cada uno de los demandantes, *Vgr: la reparación del daño sufrido en sus bienes propios, producto del daño*, que queda excluido como objeto procesal en casos como el planteado, en el cual la *causa petendi* debe estar vinculada sólo a la satisfacción colectiva, y ese interés general de la comunidad en perseguir la reparación y, eventualmente, resarcimiento, del daño ambiental acaecido, que será la cuestión resuelta en “*Mendoza*”, por el otro. Aquí se ve, de hecho, cómo, en su esfera constitutiva, la prerrogativa en juego parece ser única y de alcance colectivo, más los intereses que subyacen en ella aparecen como plenamente diferenciables, aunque no necesariamente excluyentes el uno del otro.

Es por ello, en definitiva, que la Corte, al plantear *in re* “*Halabi*” los caracteres que debe respetar la *causa petendi* en relación a los legitimados para promover acción, que son “...el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos

¹⁷ C.S.J.N., JA 2006-III-294, (2006), *Consid. 4º del voto de la mayoría.*

¹⁸ C.S.J.N., JA 2006-III-294, (2006), *Consid. 4º del voto de la mayoría.*

finés...”¹⁹, afirma que ésta debe ser *focalizada en la incidencia colectiva del derecho*, y no en las afectaciones particulares que pudieren dimanar del daño, referidas a bienes individuales, ya que el interés resarcitorio en ellos recaerá sólo sobre su titular, aunque pueda ser concurrente con aquél²⁰, pero excluido, claro está, de todo proceso cuyo objeto verse sobre bienes colectivos. Pareciera que la literalidad de la expresión “...*propendan a esos fines...*” no deja margen de dudas a la hora de establecer cuáles son los intereses a tutelar bajo esa legitimación extraordinaria dada a las asociaciones.

El último de los subtipos de derechos de incidencia colectiva caracterizados por el cimero tribunal en “*Halabi*” será, en lo tocante al acápite particular que se viene recorriendo el que, con mayor claridad e intensidad, muestre mejor la distinción entre las nociones que le dan título al mismo.

La Corte Suprema, ya desde la particular denominación que le da a esta clase de prerrogativas, fija un parámetro de ubicación entre las nociones de *derecho* e *interés*. Al describir, en uno de los considerandos del fallo, el contenido del Art. 43 de la Constitución Nacional informa que, en su segundo párrafo, la fórmula jurídica admite a “...*una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos...*”²¹, realizando tres aspectos que son cruciales para comprender el alcance que, el tribunal, da a esta caracterización.

En primer lugar, el concepto de derecho queda indisolublemente asimilado a prerrogativas cuya incidencia sea colectiva, es decir, a aquellos que refieren “...*al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados...*”²² que, claro está, se corresponden con los incorporados a nuestro plexo constitucional por la reforma del año 1994²³, en los arts. 36 al 42, sin dejar de mencionar también lo concerniente a los derechos de los pueblos

¹⁹ Art. 43, Constitución Nacional Argentina.

²⁰ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 11° del voto de la mayoría.

²¹ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 12° del voto de la mayoría.

²² CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 12° del voto de la mayoría.

²³ Ley N° 24.430, de publicación del texto oficial de la constitución nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), (T.o. 3/01/1995).

originarios²⁴, así como muchas de las prerrogativas reconocidas, y adicionadas, por los tratados internacionales en pie de igualdad jerárquica con la Carta Magna²⁵, sumando a ello, además, su tutela efectiva, a través del instituto del amparo colectivo, plasmado en el art. 43 del plexo fundamental.

En segundo lugar, queda delimitado en el término utilizado, que la órbita de aparición del interés será la individual, y ello se explica, según el *holding* del presente fallo, por la concurrencia de daños a bienes plenamente individuales y divisibles, derivados, claro está, de afectaciones indirectas a bienes colectivos, que justifican que cada una de esas *facultades de exigir* subjetivas, en miras de su propio beneficio, sean consideradas dentro de la categoría de derechos reseñada. Es importante hacer notar, en este punto, que justamente la disociación del interés obedece a que, si estuviera en discusión procurar una finalidad de satisfacción centrada en la reparación de lesiones a bienes colectivos, se estaría dentro de la esfera tuitiva de la segunda categoría caracterizada, es decir, de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y allí, como se vio *in re* “Mendoza”, el único interés tutelado es el general, por lo que, un afectado individual, podrá estar legitimado para representarlo de manera extraordinaria, pero nunca podrá hacerlo en procura de una utilidad exclusiva.

El tercer elemento planteado por el subtipo es el de homogeneidad. Este es, sin lugar a dudas, el más importante a la hora de comprender esta categoría. Sobre ello expone, el voto mayoritario de “Halabi”,

*...hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre...*²⁶

La definición, por demás clara, releva, prácticamente, de la posibilidad de intentar complementarla con algún detalle, pero no obstante ello, si parece preciso resaltar que aquí se halla el porqué de una concurrencia de intereses individuales, tal como promete

²⁴ Art. 75, inc.17, Const. Nac. Arg.

²⁵ Art. 75, inc. 22, Const. Nac. Arg.

²⁶ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 12° del voto de la mayoría.

la tipología forjada, basado en la idea de que un factor común adecúa las subjetividades perseguidas por cada individuo a un solo objetivo primordial, tal como es la búsqueda de reparación de la afectación homogénea. Pero esta cuestión homogeneizadora no se agota allí, ya que, en términos procesales, el tribunal circunscribe la admisibilidad de este tipo de reclamos a que la promoción de una acción individual por el mismo objeto, es decir, basado sólo en el daño que individualmente se haya sufrido, no aparezca plenamente justificada, o a que “...exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados...”²⁷.

El supremo tribunal nacional, en “Halabi”, dejará en claro que, en definitiva, para que sea posible identificar a esta categoría de derechos, se debe descubrir, frene al caso concreto, un derecho de incidencia colectiva afectado, un desprendimiento dañoso hacia bienes enteramente individuales, producto de esa afectación, y una concurrencia de intereses individuales, también, homogeneizados por una causa fáctica o normativa que los atrapa, y los transforma, ergo, en intereses comunes. De aquí se parte en la consideración de algunas cuestiones como para proseguir ya, con el desarrollo conclusivo del punto.

Si la pregunta efectiva se centrara en el por qué, de alguna manera, la Corte continúa haciendo una diferenciación entre *derecho* e *interés*, aunque ésta sea superadora, claro está, de los esquemas clásicos que construyera el Derecho Administrativo, al incorporar la inteligencia constitucional que plantea el reconocimiento amplio de derechos en el plano supraindividual, sobre todo en la última categoría explicitada, la mejor respuesta sería la que el propio tribunal brinda al respecto ya que, al referir a los elementos de apreciación procesales de tal subtipo, informa que

*...la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho...*²⁸

²⁷ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 13° del voto de la mayoría.

²⁸ CSJN, Fallos 332:111 (2009), Consid. 13° del voto de la mayoría.

Es decir que se habla aquí de intereses individuales, y no de derechos de la misma especie, en el sentido que la única tesis que el presente subtipo encierra, y que puede ser contenido de una pretensión en tal sentido, será la de persecución reparadora sobre los *efectos comunes* del hecho homogéneo, que recaen, y esto es fundamental, sobre prerrogativas y bienes enteramente divisibles a razón de cada afectado en particular. Por ello, la única esfera admisible es la del interés común o, dicho de otra manera, la de la situación jurídica o fáctica homogénea de particulares titulares de derechos individuales (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

Para ilustrar aún más estos últimos argumentos vertidos, es útil traer a consideración dos precedentes del mismo tribunal en los cuales, y siempre ante el planteo de decidir sobre cuestiones de legitimación procesal, indagan yendo un poco más allá al analizar, con detenimiento, las nociones sustanciales en juego, tales como han sido los casos “*Defensoría del pueblo de la nación*”²⁹ y “*Zathloukal*”³⁰.

En ambos, la Corte, en lo que al presente desarrollo interesa, no reconoce un *efecto común* como factor de homogeneización de intereses, sino que, en el primer caso, acudirá a la definición del *interés patrimonial* interpretado, por supuesto, como elemento teleológico vinculado a un derecho subjetivo, y tomado como factor diferenciador que, por tal razón, produce su titularidad exclusiva por parte de cada sujeto, resultando ese interés predicho el valor o utilidad de cada individuo que, por ende, no podrá asimilarse a un interés homogéneo.

En el segundo caso, hablará de que el “...*demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes...*”³¹, lo cual remite, de manera contundente, a la noción de simple interés que fuera desarrollada al presentar el esquema tradicional construido por la doctrina administrativista.

²⁹ C.S.J.N., “*Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. – dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986*”, Fallos: 330:2800, (2007).

³⁰ C.S.J.N., “*Zathloukal, Jorge c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción) s/ Amparo*”, Fallos 331:1364, (2008).

³¹ C.S.J.N., Fallos 331:1364 (2008), *Consid.* 5°.

Lo expuesto demuestra, en ambos casos, que el Norte seguido por la Corte, a priori, no se aleja demasiado de la doctrina tradicional en cuanto a las nociones relacionadas con el *interés*, considerándolo o bien como un elemento ínsito en cada subjetividad, o como una esfera de tutela amplificada en la que se reconocerá legitimación, en forma general o concurrente, siempre y cuando se trate de: afectaciones a bienes insusceptibles de apreciación individual, es decir, colectivos, o la finalidad perseguida en procurar la reparación de los efectos comunes propiciados por un factor homogéneo, y siempre que se den, claro está, ciertos requisitos como los ya explicitados.

En donde el máximo tribunal, como intérprete último de la Carta Fundamental, presenta una novedad, es en la reformulación que realiza en cuanto al concepto de *derechos* ya que, como aportan Maurino, Nino y Sigal (2005), su incidencia colectiva, como nueva categoría de prerrogativas, no importará, necesariamente, entes ontológicamente diferentes o diferenciables de los derechos individuales. Ello se enlaza con la mentada *reformulación de criterios* reclamada por Balbín (2001b), que se ha encaminado hacia un reconocimiento sustancial de algo que podría denominarse, acaso con alguna pobreza en rigor técnico, una abstracción, y que bien puede ser caracterizada por la expresión “...*Todos los ciudadanos...*”³², o “...*varones y mujeres...*”³³, o “...*Los ciudadanos...*” y “...*todos los habitantes...*”³⁴, o “...*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios...*”³⁵, o también “...*los pueblos indígenas argentinos...*”³⁶, denotando, así, una órbita estructural mucho más amplia en cuanto a destinatarios de derechos.

En definitiva, y haciendo una simplificación altamente caprichosa, si lo que se quisiera es esquematizar esta nueva reformulación diferenciadora entre *derechos* e *intereses* que el cimero tribunal presenta como legado en su construcción *pretoriana*, habría que poner el eje en las siguientes categorías, a saber:

³² Art. 36, párr. 3º, Const. Nac. Arg.

³³ Art. 37, párr. 2º, Const. Nac. Arg.

³⁴ Arts. 39 y 41, Const. Nac. Arg.

³⁵ Art. 42, Const. Nac. Arg.

³⁶ Art. 75, inc.17, Const. Nac. Arg.

- *Derechos subjetivos* cuyo interés es plenamente individual e intrínseco, y unifica, en la propia persona de su titular, tanto la faz estructural como instrumental.
- *Derechos de incidencia colectiva referentes a bienes colectivos e indivisibles*. En ellos se reconoce una prerrogativa colectiva o general, insusceptible de apropiación individual, y por ende, cualquier interés basado en una utilidad individual que se desprenda de una afectación a estos bienes no legitimará, *per se*, a procurar la defensa de objetos de este tipo, salvo en lo concerniente a la legitimación procesal extraordinaria que se brindará en amparo y representación, solamente, del interés general, colectivo o *difuso*, subyacente, como única pretensión asequible en torno a él.
- *Derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*. Aquí los conceptos discurren de manera palmaria, ya que el primero, al igual que en la categoría anterior, será prerrogativa reconocida colectiva o genéricamente al grupo o comunidad, mientras que, en lo tocante al interés, si bien deberá estar basado en los elementos fácticos y normativos que lo homogeneizan, el mismo no deja, por ello, de pertenecer a la órbita individual de cada sujeto. Dejando a salvo, claro está, que aquellos factores de utilidad, u órbita de intereses individuales no comunes, quedarán fuera de esta consideración, salvo las excepciones cuya finalidad sea el garantizar el acceso a la justicia.

Un sector de la doctrina, quizás con el ánimo de depurar terminológicamente esta última categoría, ha rebautizado a la misma con la denominación de “*derechos individuales homogéneos*” (Giannini, L., 2008A, 97).

Así, por ejemplo, Rosales Cuello y Guiridlian Larosa (2009) hablarán de derechos individuales homogéneos “*accidentalmente colectivos*”, asumiendo una posición crítica respecto a la categorización hecha por la Corte, y depositando, en definitiva, tanto a la órbita de las prerrogativas, como a los intereses en juego, dentro del

plano individual propiamente dicho, pero mancomunados “accidentalmente” a fin de prodigar la garantía de tutela jurisdiccional efectiva a cada uno de ellos.

Gil Domínguez (2011), en cambio, los define como “...*derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos de naturaleza divisible...*”, poniendo el acento en la divisibilidad e indivisibilidad de los derechos de incidencia colectiva (tema que será explorado con mayor detenimiento en otro punto de la presente investigación), y promoviendo, además, una interpretación lo más amplia posible, siempre pro *homine*, en cuanto a los intereses comprendidos y legitimados dentro de esta categoría, por lo cual abreva en que lo verdaderamente concurrente e “*idéntico*”, como él mismo lo llama, debe ser la prerrogativa propiamente dicha, no siendo justificable el calificar o graduar la legitimación por la medida del interés perseguido.

Maurino, Nino y Sigal, por otra parte, hablarán de “...*derechos de incidencia colectiva...que sin recaer sobre bienes colectivos poseen condiciones de ejercicio homogéneas...*” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.192), dándole al concepto una impronta que prioriza a sus aspectos procesales, no exclusivamente, claro está, pero si de manera eminente. Agregan, además, los autores, una apreciación que resulta por demás interesante a la hora de identificar la esfera de intereses considerados en su definición, al decir sobre la idea de homogeneidad que

...debe señalarse que ella apunta a la situación en que los sujetos afectados comparten una posición jurídica semejante; en particular, la pretensión de titularidad de sus derechos de características análogas, en virtud de circunstancias semejantes y uniformes, o resultantes de una misma causa; más allá de eventuales diferencias accidentales – como puede ser la mayor o menor afectación sufrida por las personas involucradas medidas en términos individuales-... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.193).

En ese párrafo, se pone de manifiesto la clara diferenciación entre los intereses comunes, o concurrentes, que subyacen en esta categoría, y los intereses individuales que, como diferencias accidentales, quedan fuera de esa finalidad concurrente.

En conclusión, se estima que la posición más certera respecto al tema analizado se aproxima mucho más a los autores citados en última instancia, que al esquema conceptualizado por la Corte Suprema de la Nación en su construcción *pretoriana*, aunque este disenso sea, claro está, sólo en forma parcial.

En cuanto a los puntos de coincidencia que unen a la postura aquí asumida con las nociones planteadas por la inteligencia de la Corte, aparecen las distinciones que, en verdad, se hallan en el área ontológica de reconocimiento general de prerrogativas, es decir, en la órbita de los *derechos* propiamente dichos. Aquí se observa, entonces, que al incorporarse al plexo constitucional, en el año 1994, el concepto de *incidencia colectiva* se abrió, en realidad, un escenario de producción de toda una nueva dimensión de reconocimiento jurídico de algo que, como bien apunta Vanossi (2000), no significó más que elevar al ámbito normativo, lo que estaba sucediendo ya en los hechos. Ello ha importado la recepción de nuevas esferas de tutela jurídica, más no necesariamente, como ilustran Maurino et al. (2005), la tutela de nuevos bienes jurídicos ya que, algunos de ellos, vinieron a representar sólo una nueva dimensión tuitiva de derechos ya reconocidos por el ordenamiento.

Nadie podría aseverar, sin incurrir en un error, que el supremo tribunal ha sido ajeno a esta nueva realidad en su categorización. Resulta más que evidente, como se ha visto a través del desarrollo, que más allá de haber subordinado a la medida del interés perseguido la legitimación para el ejercicio instrumental de tales tipologías, la Corte ha recogido el guante de la reformulación de prerrogativas jurídicas en “*Halabi*”.

En donde afinsa la discrepancia afirmada, es en que al considerar al interés como un elemento teleológico de la propia subjetividad de la persona, no se podría llegar a reconocer, dentro de él, elementos homogéneos. El que una causa común afecte, de manera concurrente, a un grupo determinado de personas, inclusive si se correspondiera con lesiones que impacten sobre prerrogativas de incidencia colectiva, no permite afirmar que ese interés subyacente se torne homogéneo, por la sola sustanciación en torno a sus efectos comunes.

En cambio, resulta mucho más predicable la homogeneidad mentada a partir de considerar a la prerrogativa en sí misma, claramente como un subtipo dentro del marco amplio de protección que brinda la categoría de derechos de incidencia colectiva, y con la particularidad de poseer un objeto bidimensional que atrapa, dentro de ambas esferas, tanto a la órbita individual subjetiva, como a una dimensión social concurrente con aquella, en tanto y en cuanto ellas se vean, allí si, homogeneizadas fáctica, o jurídicamente. En estos casos, ya no importará cual sea el interés que haya movilizad

al titular de la prerrogativa a exigir su satisfacción, sino que será la propia prerrogativa, en la caracterización propuesta, la que definirá su alcance y efecto extensivo.

Es por ello, en definitiva, que se plantea como una suerte de reduccionismo el continuar calificando el tipo de intereses que moviliza a las personas a la hora de obrar o exigir determinada conducta, salvo en lo tocante al plano netamente individual, ya que la utilidad o provecho que pueda implicar el fin, como telesis del ejercicio de una prerrogativa, sólo podría ser predicado de cada sujeto, y no de un grupo o comunidad determinada, *Vgr: en un caso de afectación de depósitos bancarios a un grupo de clientes, el interés de quien posee esos ahorros con la finalidad de realizar un viaje de placer, y el de quien, como cliente del mismo Banco e igualmente afectado, tuviese un depósito a fin de procurarse el dinero suficiente para una cirugía esencial para su salud o supervivencia.* Como se observa en el ejemplo, de él no podrían predicarse intereses homogéneos, ya que los mismos responden a las finalidades que cada sujeto persigue, en procura de su propia utilidad. No obstante ello, ¿se puede plantear que ese sea un filtro inexpugnable a la hora de encuadrar un caso concreto en una categoría u otra de prerrogativas?, la respuesta negativa se impone.

En este sentido, y a fin de abonar tales afirmaciones, se establece de manera coincidente, aunque sea, de manera parcial, con la eminente Dra. María Jeanneret De Pérez Cortés (2003b), quien refiere, al caracterizar a este tipo de prerrogativas bajo análisis, que los mismos adquieren una dimensión social que incide en intereses colectivos o generales, sin dejar, por ello, de pertenecer a la esfera individual de cada sujeto particular, poniendo como ejemplos de ellos, a los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en las relaciones de consumo.

La disidencia con el concepto de la eminente jurista va a radicar en que, de alguna manera, la definición predicha vuelve a hacer hincapié en los intereses, y no en prerrogativas como tales, y ello no resultará menor si se considera, como bien aportan Maurino et al. (2005) que la noción de “interés general” se torna problemática, sobre todo, por su indeterminación a la hora de su análisis conceptual.

Ahora bien, si de ese concepto precitado se sustrajera la idea de *interés* y se la pudiera transformar, así, en un concepto más ajustado, o sea, que contenga a una

verdadera prerrogativa jurídica dentro de la dimensión social, y no a un *valor difuso*, se obtendría, conjuntamente a la dimensión individual subyacente, esa bidimensionalidad mentada, que se conjugará procesalmente, independientemente de cual sea el interés que movilizó a cada particular, en función de la causa fáctica, o normativa, que impacta sobre ambas esferas y produce, así, su homogeneización.

Es interesante como aporte, lo que la CSJN ha planteado en ocasión de resolver, recientemente, una causa en la que aparece expuesta esta doble esfera de protección jurídica que, desde aquí, se predica. En su considerando 11, el voto de la mayoría señala que

*...desde este punto de vista, el derecho de expresarse a través de internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva. Así, a través de internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar –o no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública...*³⁷

Bastaría, entonces, para la hipótesis de marras, con que una causa, fáctica o normativa, ocasionara una afectación en ambas esferas precitadas provocando su homogeneización, para que estuviéramos ante una cuestión cuya incidencia fuera colectiva, transformando así tanto el alcance y extensión de sus efectos, teniendo en cuenta tal categorización, sin importar cuál es el interés que moviliza a cada individuo en particular, *Vgr*: sea un interés patrimonial, sea el interés de una asociación de defensa de tal derecho, sea un grupo de afectados como tal, etc.

Por último, y luego del desarrollo previamente sustanciado, queda claro que, en cuanto a otra de las tipologías descripta por el cimero tribunal, tal y como es la de los derechos de incidencia colectiva referentes a bienes colectivos indivisibles, la doctrina es pacífica al considerar, aquí, que no es posible dividir ni el interés perseguido, ni la propia prerrogativa reconocida, ya que se está frente a bienes que, como el medio ambiente, ejemplo más común, poseen como rasgos insoslayables, que son insusceptibles de apropiación individual, que su división resultará imposible o no consentida por el derecho, que su disfrute por parte del colectivo no los altera, y que

³⁷ C.S.J.N., “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, *Id Infojus*: FA14000161, (2014).

resultará imposible excluir a personas de su goce (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Por lo predicho, entonces, es que aquí se justifica que el único interés a resguardar sea el de la comunidad toda, y sólo por cuestiones prácticas se establezca una legitimación extraordinaria a un afectado en particular, a una asociación, o al Defensor del Pueblo respectivamente, tal como reconoce el Art. 43, segundo párrafo³⁸ de la Carta Magna.

Cabe agregar que esta clasificación que se propone no agota sus argumentos con lo expuesto, ya que la misma será desarrollada, y profundizada, a lo largo de todo el trabajo. No obstante, la propia dinámica del tema tocado en el presente punto obligaba a adelantar algunas nociones, dado que rozaba, de alguna manera, a los cimientos conceptuales utilizados en la construcción de la hipótesis de trabajo. Resultaba preciso, ergo, enmarcar alguno de sus aspectos dentro de la distinción efectuada, a fin de delimitar un punto de partida acerca de este sendero conceptual que se ha decidido tomar con la mentada propuesta.

³⁸ Art. 43.- “...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...” Const. Nac. Arg.

d. Lo individual y lo colectivo. Implicancias dentro de las ciencias jurídicas.

Durante el trayecto de investigación y desarrollo conceptual que se viene recorriendo, y que continúa en los próximos apartados, se percibe, claramente, que subyacen dos dimensiones que, permanentemente, parecen atrapar a cualquier deconstrucción intelectual que se pretenda efectuar en este contexto, tal y como son las nociones sobre lo individual y lo colectivo.

Si se observan con cierto detenimiento los puntos salientes ya tratados, se enfrenta el innegable hecho de que ambas dimensiones cumplen, y cumplirán, roles preponderantes dentro de los conceptos de Hombre, Derecho, y Sociedad. Y ello no se traduce a través de una simple teorización sobre el tema, sino que será la misma práctica Humana y Social, en términos históricos, y de las ciencias del Derecho, en clave de construcción jurídica, la que irá corriendo el velo de la compleja y a veces intrincada, pero siempre progresiva, relación entre las esferas prenombradas y su implicancia en el marco científico que ocupa a la presente indagación.

Respecto a lo antedicho, sería un buen punto de partida el comenzar afirmando que aún en los albores de la formación de la doctrina clásica del Derecho moderno, que tal como se ha visto en puntos anteriores, se identificaba con una concepción de neto corte individualista, las preocupaciones en torno a lo colectivo no estaban del todo ausentes. Así, lo colectivo se asimilaba a esa asociación *necesaria* que cada uno de los individuos libres formaba por agregación y como suma de fuerzas, con el objetivo de protegerse a sí mismos y a sus bienes sin perder su individualidad, tal y como planteaba Rousseau (1761) en su capítulo *del Pacto Social*. Si bien es verdad que el sustrato *individuo* era el predominante en esta doctrina, no era menos cierto que la misma articulaba la idea de un nuevo sustrato, de una abstracción que nucleaba a la fuerza y la voluntad libre de todos los hombres y que, en su máxima expresión, se presentaba como una persona pública denominada *Estado*. Claro que, como bien enseña Lorenzetti (2010), y como ya se había subrayado al momento de describir estas concepciones con mayor profundidad,

ese Estado sólo poseía un deber general de garante, más los deberes específicos de no violar ni impedir, en torno al goce pleno de los derechos individuales.

Lo individual se asimilaba aquí a la idea del *Hombre solo, naturalmente bueno y libre*, mientras que a lo colectivo se lo asociaba, bajo este orden de construcción filosófica, con un factor pasible de corromper a ese ser en su estado natural. Por ese motivo, las doctrinas contractualistas plantearían ese pacto necesario como único medio de lograr el equilibrio entre ambas esferas (Martínez Paz, 1999).

El devenir de esa práctica Humana y Social de la que antes se hablaba, comenzará a demostrar que la complejidad de esa relación de equilibrio entre lo individual y lo colectivo que había entronizado la doctrina tradicional, ingresaría en nuevos terrenos de transición y desarrollo desde la óptica de las ciencias jurídicas en particular, y de las ciencias sociales en general.

Las nuevas necesidades que comprendían a lo *social*, transformaban en un imperativo que el Derecho, como esfera de reconocimiento y consagración normativa de estas nuevas realidades, tutelara, así, cuestiones diversas a lo individual y más relacionadas con esa nueva “...*subjetividad asociativa*...” (Lorenzetti, 2010, pp.85) que venía a ponerse de manifiesto.

Aquí surgen o, mejor dicho, irrumpen por el propio peso de su realidad, los denominados *derechos sociales*, que reconocerán como fuente de inspiración a la encíclica del Papa León XIII *Rerum Novarum* (1891), que preconizaba una mirada más amplia hacia estas esferas de intereses del hombre, *Vgr*: como trabajador, como miembro de una familia, etc., y de la que van a abreviar en su consolidación dogmática las constituciones de los Estados Unidos de México (1917), la de la República de Weimar, en Alemania (1919) y, a nivel local, la reforma constitucional llevada a cabo en 1949³⁹, que luego fuera derogada por proclama del Gobierno de la *Revolución Libertadora*⁴⁰ con la finalidad de volver a instaurar la Constitución Nacional 1853/60. No obstante la predicha eliminación de los derechos sociales consagrados constitucionalmente en 1949, apenas seis años después, en 1957, y a través de una

³⁹ Ley de Reforma Constitucional N° 13.233, (T.o. 08/09/1948).

⁴⁰ Proclama del 27/06/1956.

enmienda que quedó como único testimonio de una convención constituyente que había sido convocada por el Gobierno Militar, pero que había carecido de toda legitimidad, volvería a incorporarse a la Carta Magna el reconocimiento de muchos de estos derechos que quedarían grabados, a posteridad, en la fórmula del Art. 14 bis⁴¹.

Ahora bien, el reconocimiento de estas nuevas prerrogativas comenzaba a patentizar, de alguna manera, que esa dimensión *diversa* de lo puramente individual empezaba a asomar con mayor fuerza, sobre todo, dada la lógica complejización de las nuevas relaciones que se asimilaban al trabajo, a la familia, y a ciertos sectores sociales, que ya no quedaban protegidas dentro la esfera individual de cada persona, por resultar ésta insuficiente como para comprenderlas.

Así las cosas, lo individual y lo colectivo, siempre en ese contexto de *subjetividad asociativa*, poseerán un vínculo de interdependencia, es decir que ya no se podrá pensar al *trabajador* sin considerar, además, a los *trabajadores* asociados libremente en defensa de sus intereses. Claro está que, a esa altura, esa interrelación se hallaba circunscripta, todavía, a una serie de ámbitos determinados, y que el cambio de paradigma debía recorrer un camino prolongado de marchas y contramarchas en pos de una ampliación real que realizara la construcción completa de una dimensión colectiva.

Las postrimerías del Siglo pasado marcarían, en la historia del Hombre, la irrupción de un nuevo concepto, para algunos traumático, para otros celebrado, pero para todos irreductible e irremediable, tal y como sería el de *globalización*. Por supuesto que intentar definir tal noción excede el objeto de la presente investigación, pero a fin de no dejar huérfano al término de, aunque sea, una mera explicación, serán oportunas las

⁴¹ “**Artículo 14 bis.**- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.” *Const. Nac. Arg.*

reveladoras palabras del admirable filósofo Zygmunt Bauman, quien dirá que “...en un planeta densamente envuelto en una red de interdependencia humana, no hay nada que los demás hagan o puedan hacer que podamos asegurar que no afecte a nuestras perspectivas, oportunidades y sueños...” (Bauman, Z., 2007, pp.127) tratando de definir el *qué* de este fenómeno.

En ese planeta *densamente interdependiente*, las ciencias jurídicas comenzaron a abrirse a un debate franco sobre el rol que lo individual y lo colectivo debían asumir. En el primero de los ámbitos, esta nueva realidad compelió a considerar al hombre ya no sólo como individuo sino, como bien señala Heredia (2007), como *hombre situado*, es decir, como habitante, como vecino, como usuario y consumidor, como cliente, etc. En pocas palabras, como parte de algo más que su propia persona. En el segundo de los estratos, se comenzaría a reconocer, de forma aún más genérica que las solas *subjetividades asociativas* aportadas por las prerrogativas sociales predichas, ese “*algo más*” que ahora era necesario tutelar con mayor energía.

Podría decirse, sin temor a incurrir en error, que hubo tres hitos que signaron los nuevos paradigmas acerca de la órbita colectiva, y ellos fueron, ni más ni menos que, en primer lugar, la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551⁴² de 1988, que vino a convertirse en la “...*respuesta a la necesidad de proteger los intereses de los trabajadores, considerándolos como grupo, y compensar o neutralizar el estado de desigualdad de inferioridad que naturalmente existe en el ámbito de las relaciones laborales...*” (Maurino, niño y Sigal, 2005, pp.48). Luego llegaría el turno del reconocimiento de los derechos de usuarios y consumidores a través de ese novel instrumento que significó la Ley N° 24.240⁴³ que, en palabras de estos mismos autores precitados, “...*se convirtió en una importante herramienta innovadora de defensa colectiva de derechos...*” (Maurino et. al., 2005, pp.51) y que, además, así como el primero de los hitos recorridos puso en agenda al denominado Derecho Colectivo de los Trabajadores, el segundo se instituyó como un verdadero estatuto de los Derechos de Usuarios y Consumidores.

⁴² Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551, (T.o. 22/04/1988).

⁴³ Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, (Prom. Parc. 13/10/1993).

El tercer hecho relevante en el presente camino trazado es, nada más ni nada menos que la incorporación constitucional de la dimensión colectiva de derechos, a través de todo un nuevo capítulo incluido en el plexo reformado en 1994, llamado “*Nuevos derechos y garantías*”⁴⁴, más lo que significó, claro está, la adición mediante lo establecido por el art. 75, inc.22⁴⁵, en concordancia con los arts. 31⁴⁶ y 28⁴⁷, y en pie de igualdad jerárquica con todo el plexo constitucional, de los derechos civiles, políticos, humanos y sociales contenidos en los tratados internacionales, y el reconocimiento de los derechos preexistentes multiculturales, y multiétnicos, de los pueblos originarios, a través del art. 75, inc.17⁴⁸. Estos nuevos condimentos que vinieron a integrarse a la cultura jurídica a partir de la reforma precitada, calificados como “*...personajes absolutamente misteriosos...*” (Bujosa Vadell, 1997e, pp.1142), se convirtieron en la consagración de la esfera colectiva desde el supremo criterio regido por la Carta

⁴⁴ *Capítulo Segundo, Primera Parte, Const. Nac. Arg.*

⁴⁵ “**Artículo 75.-** *Corresponde al Congreso: “...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional...” Const. Nac. Arg.*

⁴⁶ “**Artículo 31.-** *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.” Const. Nac. Arg.*

⁴⁷ “**Artículo 28.-** *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.” Const. Nac. Arg.*

⁴⁸ “**Artículo 75.-** *Corresponde al Congreso: ... 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.” Const. Nac. Arg.*

Fundamental, y vertido al ordenamiento jurídico en su conjunto. Como bien señalan Maurino, Nino y Sigal (2005), el ingreso de estas prerrogativas *de incidencia colectiva* no se tradujo en una órbita opuesta o diferenciada de la concepción tradicional de derechos sino, más bien, en una visión superadora de ellos, implicando, en muchos casos, una *nueva dimensión* de derechos individuales ya consagrados por el plexo constitucional que vino a *sumarse* a dicha órbita, configurando la más perfecta conexión entre la construcción jurisprudencial y doctrinaria de un ámbito dimensional colectivo de prerrogativas jurídicas y su correlato legislativo, representando así fielmente a aquél concepto vertido por el eminente Vanossi (2000) cuando nos habla de un *Sociologismo Jurídico*, que en la práctica no es más que “...llevar a la norma lo que estaba ocurriendo en los hechos...” (Vanossi, 2000, pp.545).

Sobre este punto, el de los derechos de incidencia colectiva y su incorporación al ordenamiento jurídico interno, habrá un desarrollo in extenso a partir del próximo acápite, por lo cual no resulta necesario sobreabundar en ello ahora, pero si sería bueno remarcar, sólo a manera de ilustrar un poco sobre la cuestión aquí analizada que, por ejemplo, en el caso de los derechos de los usuarios y consumidores, que preexistían a la reforma de 1994, esta nueva dimensión no sólo los atrapó definiéndolos y recategorizándolos como una especie dentro de su género, sino que vino a elevarlos a la altura de un verdadero término constitucional, a la vez que una indeleble adquisición para la nueva tradición jurídica imperante a partir de tal reforma.

En conclusión, estas dos dimensiones ya referidas, comportan, desde lo que en el presente trabajo se propone como hipótesis, las dos caras de una misma moneda. Es decir que, tal como lo afirmaran Maurino Nino y Sigal (2005), esta bidimensionalidad se enlaza con lo que ellos consideran el carácter *aditivo* de la esfera de incidencia colectiva sobre los derechos individuales tradicionalmente reconocidos. Claro que, como bien advierten los mismos autores, esa *dimensión colectiva* no se agota en ese intento, sino que va mucho más allá al consagrar en su esquema, a *nuevos* bienes o valores jurídicos. Es por ello que el término *bidimensional*, interpretado éste como aquél que une dos aspectos (en este caso lo individual y lo colectivo) como condición de algo (ese algo serán los derechos), es el que mejor parece ajustarse a los argumentos

precitados, sobre todo porque tal noción, por su condición abarcativa, parece contenerlos de mejor forma que otros.

Pero como gesto por demás esclarecedor, sería ideal dejar que sea la propia voz del máximo intérprete de la Carta Magna, la que desasne sobre el tema. *In re “Asociación Benghalensis”*⁴⁹, y más específicamente, en el voto de uno de los eminentes Ministros de la Corte por aquél entonces, el Dr. Don Adolfo Roberto Vázquez, es donde se plantea, dentro de uno de sus considerandos, la siguiente cuestión:

...Que surge con nitidez entonces, que una de las situaciones que el constituyente consideró, es aquella en que la afectación de los derechos comprometidos -por su naturaleza-, trae aparejadas consecuencias que repercuten en todos los que se encuentran en una misma categoría..., [y las mismas],...tienen un efecto expansivo, de ahí que baste con que se conculquen o desconozcan ciertos derechos de uno solo de los del grupo para que ello incida categóricamente en el resto...⁵⁰

Resulta casi redundante tratar de explicar definiciones tan contundentes como las aquí citadas pero, sólo a los fines didácticos, es preciso aclarar que cuando el considerando se refiere a *...ciertos derechos de uno solo...* alude a la *dimensión individual* de los derechos aquí conculcados o desconocidos, ellos son “*...el derecho a la vida, a la dignidad, seguridad e integridad de las personas...el derecho a la salud...*”⁵¹, mientras que cuando remite a *...que la afectación de los derechos comprometidos -por su naturaleza-, trae aparejadas consecuencias que repercuten en todos los que se encuentran en una misma categoría...*, y que ello tendrá tanto un *efecto expansivo* como una *incidencia* sobre el resto, sobre la totalidad del grupo categorizado, está definiendo a la *dimensión colectiva* de ese mismo derecho, que ante una situación como la planteada en el caso, materializa, de manera homogénea, la afectación de ambas.

Lo individual y lo colectivo, entonces, no serán ni dos esferas absolutamente independientes en cualquier caso, ni una suerte de *colectivización* de lo individual, ya que no habrán de darse, como hemos visto, ni fórmulas para desagregar categorías, ni

⁴⁹ C.S.J.N., “*Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*”, Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000).

⁵⁰ C.S.J.N., Id Infojus: FA00000121, (2000), Juez Vázquez, por su voto, Consid.9

⁵¹ C.S.J.N., Id Infojus: FA00000121, (2000), Juez Vázquez, por su voto, Consid.7

absorciones anteponiendo una sobre la otra. Ambas dimensiones, en cambio, vienen a construir los cimientos de esa complementariedad deseable, más no siempre plasmada en el plano de la realidad jurídica.

e. Los derechos de incidencia colectiva. Su recepción en el marco de la reforma Constitucional de 1994.

La mejor manera de explicar, sobre todo por cuestiones didácticas, la relevancia que asume la inclusión de este punto de análisis en el presente trabajo girará en torno, seguramente, de la respuesta que podamos dar a la pregunta de *¿cuáles han sido los fundamentos que justificaron la incorporación de toda una esfera colectiva de reconocimiento de prerrogativas al plexo constitucional, a partir de la reforma de 1994?*

Evacuar este interrogante, claro está, no parece ser tarea sencilla sobre todo si tenemos en cuenta que las circunstancias históricas, políticas y sociales que alimentaron el contexto de aquella reforma precitada, no se hallaron exentos ni de polémicas, ni de convulsiones varias. Por ello es necesario comenzar por diferenciar al contexto del punto a indagar propiamente dicho ya que, en cuanto a lo primero, será importante circunscribirlo sólo a aquello que sea de incumbencia al presente trabajo, porque cualquier otro intento sería, lisa y llanamente, la profundización de un estudio que excede a los objetivos propuestos. En cuanto a lo segundo, que es responder a la pregunta en sí, parece importante apuntar que no se trata aquí de hacer una lista ecuménica sobre las diferentes valoraciones que se han hecho en doctrina sobre la reforma y la incorporación, en ella, de los derechos de incidencia colectiva en estos últimos veintiún años de vida de la misma, sino más bien, de extraer los caracteres más salientes que dan fundamento a ese proceso de reconocimiento bajo estudio.

La referencia predicha a las circunstancias de contexto sobre el que se montó el escenario de la reforma, y su adjetivación como convulsivo, importaba significar que el

mismo comprendió, sin lugar a dudas, al complejo entramado de fenómenos sociales que harían las lides a finales del siglo pasado. Entre ellos, y sin ánimo de discriminar otros factores que pudieran haber contribuido especialmente, son dignas de señalar las que Lorenzetti (2010) denomina “...*emergencias prácticas conflictuales*...” desde la óptica social, que se encuadran en una serie de fenómenos que van emergiendo como resultado de diferentes dinámicas en la esfera colectiva. Este autor las clasifica de manera muy esclarecedora en su obra, por lo cual se recomienda su lectura completa, a modo de semblanza, se transcriben aquí algunas de ellas, que servirán como guía para comprender mejor el punto.

El actual Presidente de la CSJN pone luz sobre el tema al plantear que existen tres estadios de estas dinámicas; la primera de ellas, como un desprendimiento natural del surgimiento, acaecido a finales del Siglo XX, de las llamadas *sociedades de masas y economías globales*, más los procesos de *modernización* en tecnología aplicada, que expandieron sus efectos potencialmente nocivos a grandes grupos de personas sin respetar, siquiera, a las fronteras territoriales tradicionales. De tal forma, las mismas, provocaron la inefable aparición de conflictos que excedían el plano de afectación individual, amplificándolo hacia el colectivo.

En un segundo orden, pero no menor al anterior en importancia, la práctica en exceso de aquellas prerrogativas amparadas dentro de la dimensión individual, comienzan a entrar en crisis con la preservación de los bienes colectivos, Vgr.: como el mismo autor plantea, el desarrollo y el consumismo comienzan a poner en jaque a los recursos ambientales.

Por último, pasaría a ser, también, una dinámica emergente la constante y estructural insuficiencia del Estado en su deber prestacional, generando menoscabos y continuas limitaciones en la lógica relacional con la ciudadanía (Lorenzetti, 2010, pp.13).

Estas dinámicas conflictuales hallarían sus anclajes, a decir de Bauman (2007), en aquello que queda comprendido en esa expresión acuñada por Karl Popper de “*Sociedades abiertas*”, aunque más no sea parcialmente ya que esa *apertura* ha venido a ser muy superior a lo que el concepto intentó delimitar en un principio, identificándose más con el proceso conocido como *globalización*, que encarnó, por lo

menos en su aspecto negativo, “...la experiencia aterradora de unas poblaciones heterónomas y vulnerables, abrumadas por fuerzas que no pueden controlar ni comprender plenamente...” (Bauman, 2007, pp.125). Esa vulnerabilidad a la que el autor hace referencia, puesta de manifiesto en los fenómenos precitados de acuerdo a la dinámica que iban asumiendo, radicaría, principalmente, en la falta de respuestas que el esquema tradicional del ordenamiento jurídico tenía para brindar, siendo, en gran medida, la fuente, o elemento disparador, de los debates que comenzarían a darse en la doctrina jurídica nacional, sobre todo a finales de la década de los ochenta, impulsando importantes cambios legislativos al respecto.

De todas formas, es preciso remarcar que, lamentablemente, no sería ese el punto de inflexión que motivaría la reforma, sino que, el mismo, giraría en torno a motivos mucho menos elevados⁵².

No obstante, los debates doctrinales a los que se hacía referencia en el párrafo anterior, fueron el escenario adecuado para la evolución de la dimensión colectiva en el

⁵² *El hecho desencadenante para que la reforma fuera historia no provino de los ámbitos académicos ni de los fueros juzgos, ni siquiera de las dinámicas sociales que antes refiriera, sino que las verdaderas circunstancias que motivaron tal proceso estuvieron relacionadas con la intención del por entonces Presidente Dr. Carlos Saúl Menem de promover su reelección, lo cual le estaba vedado de acuerdo al texto de la Constitución vigente en aquel momento (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Y ello, claramente, tuvo un impacto innegable en torno a los temas a tratar durante el proceso de reforma. Sobre este punto, el eminente Jurista Ricardo Gil Lavedra, al prologar la obra del constitucionalista García Lema (1994), considera que*

...el interés personal del presidente Menem en obtener la eliminación de la cláusula constitucional que impide la reelección inmediata, tiñó todo el proceso de reforma, pues todo se subordinó a aquel objetivo prioritario. Los contenidos eran secundarios en tanto incluyeran la posibilidad de reelección... (Gil Lavedra, R., 1994, pp.12)

Este contexto produjo como resultado la necesidad de impulsar la negociación como cauce de salida para alivianar las tensiones existentes entre aquellos que propugnaban las ansias re eleccionarias a cualquier precio; se llegó, incluso, al extremo de propulsar una consulta popular voluntaria y no vinculante (Decreto N° 2181/93,22/10/1993) a los fines de legitimar popularmente esa aspiración presidencial; y aquellos que entendían a la reforma como una oportunidad de avanzar hacia cambios más profundos. Estas posiciones se hallarían encarnadas, en aquél entonces, por los dos partidos políticos mayoritarios, tal y como eran el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical.

De esta politización del Poder constituyente reformador, como bien resalta Vanossi (2000), sustanciada a través de dos acuerdos denominados como “Pacto de Olivos” (Celebrado el 14 de Noviembre de 1993 por los Dres. Carlos S. Menem y Raúl R. Alfonsín) y “Acuerdo de la Rosada” (Suscripto el 13 de Diciembre de 1993) surgiría el diseño definitivo que signaría, de acuerdo a lo apuntado por Maurino et. al. (2005), la efectivización de la reforma constitucional, a través de la Ley de Declaración de Necesidad de Reforma (Ley N° 24.309, T.o. 29/12/1993) que plasmaba dos órbitas de tratamiento por parte de la Convención Constituyente, consistiendo la primera de ellas en un “núcleo de coincidencias básicas”, que translucía los fines de los acuerdos políticos predichos en diferentes aspectos y que, de acuerdo a Vanossi (2000), producirían una reconfiguración de poder y funcionamiento en los órganos del Estado, y una segunda órbita de tratamiento que giraría en torno a una serie de temas habilitados para su discusión.

orden nacional, tal como se ha visto al tratar lo individual y lo colectivo. La ley de Asociaciones sindicales⁵³ pero sobre todo, la ley de defensa del consumidor⁵⁴, vinieron a transformarse, como marca Gordillo (2014), En los cambios de paradigma que preanunciaron la necesidad de reformular los principios jurídicos contenidos por la Ley Fundamental, hacia un marco de ampliación y complementariedad que englobara lo que eran las preocupaciones del Derecho de la época. Tal cuestión sería comprendida por el proceso de reforma en 1994, aunque ello no fuera el motor principal que hubiera impulsado a la misma⁵⁵.

El proceso de incorporación de los derechos de incidencia colectiva al nuevo texto constitucional estuvo a cargo, tanto en la emisión de dictámenes como en los debates para su elaboración, de una comisión especialmente formada dentro del ámbito de la convención constituyente de 1994 denominada “*De Nuevos Derechos y Garantías*”, a través de ella se clasificaron los temas que harían al núcleo de todo este nuevo capítulo de prerrogativas. Excede al presente análisis, claro está, el extenderse sobre los contenidos de las discusiones plenarias de las comisiones reformadoras, pero algunas de las palabras allí expresadas son una verdadera guía a la hora de desentrañar la propia naturaleza que impulsó la recepción de una dimensión colectiva en la Carta Magna, y por ello es que resulta por demás interesante el reflejar, aunque más no sea de manera breve, algunos conceptos vertidos por esa comisión.

⁵³ Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551, (T.o. 22/04/1988).

⁵⁴ Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, (Prom. Parc. 13/10/1993).

⁵⁵ En este sentido, resulta interesante traer a colación la reflexión realizada por el Prof. Roberto Gargarella con motivo de efectuar un balance sobre aquella reforma,

...quisiera reconocer el hecho de que, a veces, las malas razones, o las cuestiones de corto plazo, sirven como excusa o causa para “disparar” reformas más interesantes. Es debatible, en este sentido, que la Constitución de 1994 haya aprovechado la excusa que la motivaba –la reelección presidencial– para generar cambios más profundos y de interés. De todos modos –y sobre esto volveremos prontamente– lo dicho no niega que, finalmente, la Constitución reformada incorporara en su texto algunas novedades valiosas, y capaces de mejorar su contenido originario... (Gargarella, R., 2014, pp.3)

Estos cambios de mayor profundidad e interés receptados por la reforma de 1994 son, en definitiva, lo que concretamente será identificado como la respuesta al interrogante planteado desde un principio y que, en una relación causal bien orientada, pondrán en plano vincular a las “...emergencias prácticas conflictuales...” (Lorenzetti, 2010, pp.13) con la recepción normativa de los derechos de incidencia colectiva.

En el sentido de lo predicho, hay tres dictámenes sobre los que es bueno detenerse, ya que ellos contuvieron a los temas centrales de incorporación, a saber: *derechos relativos al ambiente; derechos de usuarios y consumidores, y tutela jurisdiccional efectiva, a través de la figura del amparo colectivo, de los derechos de incidencia colectiva en general.*

Sobre el primero de estos temas, la resolución aportada por la mayoría expresaría, entre otras cosas, que “...*la norma no...[debía ser]...un mero programa de política constitucional y sí un derecho constitucional plenamente garantizado...*”⁵⁶ agregando que “...*el derecho que tiene la sociedad a ser protegido el ambiente natural –en la forma integral que ha sido dispuesta por la norma propuesta- no puede ser una regla programática...*”⁵⁷ y por ello plantearía que “...*le corresponde al Estado, a través de sus autoridades, una participación activa proveyendo todos los medios conducentes para la protección de este derecho...*”⁵⁸. El dictamen bajo análisis, además, proponía la creación de una ley de presupuestos mínimos de protección medioambiental; cuestión que se vería realizada por la Ley General del Ambiente⁵⁹, sancionada recién en el año 2002. Eventualmente, el punto dictaminado se transformaría en el actual art. 41 de la Carta Fundamental, el cual definiría los extremos y el ámbito de protección colectiva, e indivisible, de este derecho *intergeneracional*. Lo significativo a resaltar de lo vertido en el dictamen que luego fuera texto constitucional, es la preocupación por darle, de manera efectiva, plena operatividad tuitiva a esta dimensión colectiva de prerrogativas, cuestión que, como se verá, atraviesa a todos los derechos de esta misma especie consagrados a partir de la reforma.

⁵⁶ Dictamen N° 1 de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, (01/07/1994), Convención Nacional Constituyente Ley N° 24.309, (29/12/1993).

⁵⁷ Dictamen N° 1, *Ibidem*.

⁵⁸ Dictamen N° 1, *Ibidem*.

⁵⁹ Ley N° 25.675, de Presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Principios de la política ambiental. Presupuesto mínimo. Competencia judicial. Instrumentos de política y gestión. Ordenamiento ambiental. Evaluación de impacto ambiental. Educación e información. Participación ciudadana. Seguro ambiental y fondo de restauración. Sistema Federal Ambiental. Ratificación de acuerdos federales. Autogestión. Daño ambiental. Fondo de Compensación Ambiental, (27/11/2002).

El segundo de los temas tratados por la comisión, fue el de los derechos de usuarios y consumidores. Resulta por demás didáctico el concepto aportado por el dictamen de mayoría al referir a los fundamentos de tal incorporación, cuando afirma que

..la defensa de estos intereses permite que, a través de la protección del destinatario último de la producción, se controlen las actividades de las empresas, las que pasan a estar vigiladas socialmente por la ciudadanía. Del mismo modo se procura defender la competencia, ya que es claro que ésta no existe sólo para proteger al mercado, sino a los destinatarios del mismo, los usuarios y consumidores...⁶⁰

Además, como apuntan Maurino, Nino y Sigal (2005) y se desprende del propio dictamen, la protección de tales derechos tenía como principal objetivo el garantizar la protección de los consumidores “...ya que éstos son el único grupo importante que no está eficazmente organizado...”⁶¹. De lo predicho se extrae, con claridad meridiana, que la intención de los constituyentes se enfocaba en un doble sentido, como esfera de protección a los grupos más vulnerables dado el lógico desequilibrio de fuerzas existente en las relaciones de consumo, y como un ámbito que tuviera, a través de esta herramienta de garantía y operatividad, un aliado inseparable a la hora de desarrollar políticas públicas en materia de optimización de las interrelaciones de mercado empresarial y competencia. Esto último cobra especial importancia a la hora de comprender el fuerte interés estatal que subyace dentro de la esfera colectiva de tutela de los consumidores y usuarios. Cabe agregar que, en este caso, conforme a lo que remarca Gordillo (2014) al respecto, se había creado *ex ante* (a diferencia de lo ocurrido con los derechos medioambientales, cuya ley de presupuestos mínimos fue posterior) una herramienta normativa que fijaba tanto las vías procesales, como los principios sustanciales en materia de consumidores y usuarios, al cual este nuevo dispositivo constitucional bajo repaso vino a ampliar y complementar a través del nuevo art. 42 C.N.

El último de los temas tratados por la comisión fue el correspondiente a la tutela judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva en general, a través de la figura

⁶⁰ Dictamen N° 22, fs.276 de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, (14/07/1994), Convención Nacional Constituyente Ley N° 24.309, (29/12/1993).

⁶¹ Dictamen N° 22, *Ibidem*.

del amparo colectivo, como medio procesal específico. En este sentido, el dictamen avanzaba sobre la tutela “...para los casos en que estén comprometidos los derechos a un ambiente sano, a la competencia, del usuario y del consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general o se esté ante alguna forma de discriminación...”⁶², reconociendo legitimación procesal especial tanto a los particulares afectados como a ciertas asociaciones, de acuerdo a su finalidad determinada, como así también al Defensor del Pueblo de la Nación. Queda claro que, en lo que luego fuera identificado dentro del nuevo texto constitucional como su art. 43, 2^{do} párr.⁶³, reposa toda una caracterización sustancial y procesal sobre las condiciones, o presupuestos, de afectación a esta esfera colectiva de derechos, y su concreta y operativa protección por parte del Estado.

En definitiva, de lo aportado por los dictámenes de mayoría, más los agregados que surgieron durante la construcción dialéctica llevada a cabo por los debates en el seno de la Convención, se puede deducir que la preocupación de los convencionales giraba en torno a reconocer que esa *dinámica social* compleja que se había instalado desde hacía tiempo, se desarrollaba en una dimensión diferente a la tradicionalmente considerada, abarcando aspectos que afectaban, e importaban, al colectivo o a grupos determinados, y ello merecía, de manera imperiosa, un tratamiento constitucional de reconocimiento y tutela efectiva, que dejara atrás los *reiterados impedimentos sufridos por quienes propugnaban la defensa de estos derechos*⁶⁴. En ese contexto es que el término “*incidencia*” antepuesto a la dimensión colectiva asume un rol fundamental, ya que *incidir* es aquello que puede *influir o repercutir*⁶⁵ en un área determinada que, en este caso, implicará a aquello que impacta directa, o indirectamente, sobre un ámbito colectivo, efectivizándose, al definir los supuestos protegidos por esa dimensión supraindividual, una concreta delimitación de reconocimiento y tutela jurídica.

⁶² Dictamen N° 14, fs.132 de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, (14/07/1994), Convención Nacional Constituyente Ley N° 24.309, (29/12/1993).

⁶³ “**Artículo 43.**- ...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...” Const. Nac. Arg.

⁶⁴ Dictamen N° 14, fs.132, *Ibidem*.

⁶⁵ Definición según Diccionario de la Real Academia Española (R.A.E.)

La cuestión troncal, entonces, pasó a ser el definir concretamente cuál era el alcance de lo colectivo o, mejor dicho, cuáles serían los derechos que, específicamente, pasarían a entrar en la nueva clasificación constitucional. La doctrina nacional, mayoritariamente, le otorgó a las prerrogativas enunciadas de manera explícita por el art. 43, 2^{do} párr. sólo un significado meramente enunciativo y no taxativo (Maurino, Nino y Sigal, 2005), dejando en claro que “...lo principal y más general del segundo párrafo es el final de la frase, no su comienzo...” (Gordillo, 2014, pp.105). Ello implicó reinterpretar las intenciones de los constituyentes al entender que su preocupación por plasmar aquellos temas que se observaban en la realidad no fue en desmedro de la posibilidad de garantizar una tutela y reconocimiento lo más amplia posible; y no restrictiva como parece sostener Rivera (2008) junto a alguna jurisprudencia⁶⁶ en tal sentido; a través de la consagración de la fórmula “...derechos de incidencia colectiva en general...”⁶⁷ adicionando de esa manera, como enumera Galdós (2011), a los ya enunciados de manera ejemplificativa por el artículo, los siguientes: “...la información, la salud, la libertad, incluyéndose también la institucionalidad de la República, la ética pública y los derechos humanos en general...” (Galdós, 2011, pp.3). Pero además, la fórmula normativa predicha vino a descubrir, conforme lo expresado por Maurino, Nino y Sigal (2005), toda una nueva dimensión colectiva para los derechos constitucionales, viejos y nuevos, cuyo sentido y alcance debe ser desentrañado y construido con la mayor amplitud posible, es decir, con una perspectiva bidimensional (individual y colectiva) sobre los derechos tradicionalmente reconocidos.

La reforma de 1994 importó, entonces, la caracterización de un nuevo elenco de prerrogativas reconocidas por el sistema constitucional, que quedan presentados bajo un encabezado genérico como *derechos de incidencia colectiva* y que, en lo específico, quedarían ordenados de la siguiente forma:

...a) el derecho a participar en los partidos políticos, el de estos a actuar (art. 38) y las formas de participación que consagran los tratados y el art. 42; b) el derecho subjetivo a la resistencia contra las violaciones al sistema democrático (art. 36), c) el derecho de incidencia colectiva a que no haya

⁶⁶ Ver C.S.J.N., “Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. – dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 330:2800, (2007); Cam. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala I, “Centro de Educación al Consumidor c/ COBERMED S.A. y otro s/sumarisimo”, ED 209-266, (2004), entre otros.

⁶⁷ Art. 43, 2^{do} párrafo, Const. Nac. Arg.

corrupción en la función pública (art. 36, cuarto párrafo en su remisión al tercero y anteriores); d) se reconoce —aunque se remite a la ley— el derecho de iniciativa (art. 39) y consulta popular (art.40); e) el derecho subjetivo y de incidencia colectiva a la salud y a un medio ambiente sano (art. 41 y 43); f) derecho a la protección de los intereses económicos de los usuarios (art. 42); g) a la libertad de elección (art. 42) o sea, que no haya monopolios sino los “naturales” o “legales;” en consecuencia, el derecho “a la defensa de la competencia” (ídem, segundo párrafo y 43 segundo párrafo), o sea, a tener por principio, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios; h) al control de los monopolios naturales y legales (art. 42, segundo párrafo); i) a la participación, que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (art. 42, tercer párrafo) y se complementa con la garantía de audiencia pública, que a su vez articula el derecho a la defensa previa del art. 18 con el derecho de incidencia colectiva del art. 42; j) y en general a la tutela del usuario y consumidor (arts. 42 y 43, segundo párrafo); k) El derecho a la información... (Gordillo, 2014, pp.105-106)

Además de los derechos reconocidos por el sistema internacional de Tratados de Derechos Humanos, consagrados constitucionalmente a través del Art. 75, inc.22, con igual jerarquía que la norma fundamental e interpretados como complementarios de éste, conforme la inteligencia que dimana del principio de *razonabilidad* dispuesto por el art. 28⁶⁸. De acuerdo a esta nueva estructura de derechos reconocidos constitucionalmente, que encuentra menciones explícitas dentro del plexo, el art. 33⁶⁹ del mismo asume un rol protagónico al permitir, a través de él, proyectar una visión a futuro con nuevos derechos, en lo individual y colectivo, dignos de tutela jurídica, abriendo, desde esta perspectiva, el marco necesario para la construcción de nuevas fórmulas jurídicas.

En conclusión, la recepción de los derechos de incidencia colectiva en el marco de la reforma, no tuvo mejor fundamento que el de adecuar al plexo constitucional, mediante la incorporación de una nueva *realidad jurídica*, a una nueva *realidad social* que hacía a su contexto. Ello, además, significó, en palabras de Vanossi (2000), un intento de fortalecimiento del poder de la ciudadanía, a través de mayor control y

⁶⁸ “**Artículo 28.**- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.” *Const. Nac. Arg.*

⁶⁹ “**Artículo 33.**- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.” *Const. Nac. Arg.*

prerrogativas más amplias, ante el crecimiento tanto de los órganos de poder Estatal, como del poder económico en cabeza del sector privado.

Es necesario remarcar que esta *nueva realidad jurídica* deja, como legado, el desafío de darle impulso permanente a la protección de esta dimensión colectiva de derechos, sobre todo porque, dentro de ella, subyacen tanto bienes esenciales e indivisibles a tutelar por el Derecho, como la dinámica de los grupos más vulnerabilizados de la sociedad, quienes requieren de un empoderamiento jurídico que les permita equiparar las condiciones natural o artificialmente desiguales, a lo cual, por supuesto, el Estado, a través de su poder jurisdiccional, no puede estar ausente.

f. Los derechos de incidencia colectiva en el Derecho comparado

Este acápite estará dedicado a explorar alguno de los esquemas más significativos que contienen a este tipo de figuras en el ámbito de diferentes ordenamientos foráneos. Cabe aclarar que sólo se indagará respecto de algunos países, pero ello no implica, de ninguna manera, desconocer la existencia de casi una universalidad en la admisión de estos derechos que exceden la dimensión individual tradicionalmente considerada, ya que el contexto de florecimiento de estos nuevos paradigmas jurídicos, como se observó en puntos anteriores, ha alcanzado, prácticamente, a toda la humanidad.

Como se anticipara en el párrafo anterior, el contexto histórico que ha signado la irrupción de estos, según Bujosa Vadell (1997), *personajes absolutamente misteriosos*, ha planteado desafíos doctrinales con alcance universal, ya que el proceso globalizador, y la consecuente complejización de los conflictos humanos con relevancia social y jurídica, no han sido patrimonio exclusivo de una sola región del planeta. De ello se desprende que en casi todas las naciones en las que el modelo liberal y su construcción, dentro de la dogmática jurídica, de neto corte individualista, habían inoculado sus profundas influencias, asomaba ahora la necesidad de un cambio de enfoque ya que, al

igual de lo observado en la evolución local, la perspectiva clásica ya no alcanzaba a cubrir el marco de expectativas sociales que el Derecho pretendía satisfacer.

Es por ello que, tomando como punto de partida un tronco histórico común; aunque algunos sistemas se hayan abierto antes a la dimensión colectiva, y otros, directamente, la contemplaran desde siempre; la investigación se centrará en resaltar algunos aspectos de ordenamientos que se hallan más cerca, o más lejos, en la evolución de estas categorías, y siempre en relación con la evolución que se ha desplegado en el marco local.

Es interesante descubrir, al explorar detalladamente el proceso de incorporación de esta nueva dimensión jurídica bajo análisis, como el vecino país, y socio estratégico en el marco del MERCOSUR⁷⁰, la República Federativa de Brasil, ha experimentado una evolución similar a la localmente observada en esta materia, partiendo, como ilustra el gran jurista brasileño Antonio Gidi (2004), de una estructura sistemática anquilosada, tradicionalmente, en los estándares conceptuales de neto corte individualista que reconocían sus fuentes, a su vez, y al igual de lo que se ha visto en las concepciones clásicas de la doctrina nacional, en las construcciones científico – jurídicas decimonónicas. El citado autor pone blanco sobre negro a la hora de concluir que el enfoque dogmático existente en el Derecho Brasileño clásico, se comportaba como un verdadero obstáculo para la consideración, siquiera, de un reconocimiento que ampliara el panorama hacia una esfera colectiva, a pesar de que el *statu quo* al que había correspondido esa mirada estuviera desapareciendo. Por ello es que Gidi define, como natural consecuencia, que

...El viejo sistema legal no estaba suficientemente bien equipado para lidiar con conflictos colectivos o con conflictos de masas inherentes a la sociedad moderna. Para poder responder a una preocupación creciente de los intereses de grupo, las meras adaptaciones de las normas ya existentes no era suficiente. Era necesario superar los viejos dogmas y construir un nuevo sistema de derecho sustantivo y procesal que pudiera responder a las necesidades de la nueva sociedad de masas... (Gidi, A., 2004, pp.48).

⁷⁰ Mercado Común Del Sur, Tratado de Asunción (26/03/1991), ratif. Por Ley N° 23.981, (04/09/1991).

En definitiva, el proceso Brasileño se acerca bastante a la evolución local, pero difiere de ella en cuanto a la sistematización que ha alcanzado en aquellas tierras, ya que el mismo ha gozado de un mayor grado de especificidad en lo atinente a la categorización y calificación de prerrogativas, es decir que, para el modelo de este país “...fue importante ante todo crear derechos sustantivos en el derecho positivo y después atribuir los mismos a los grupos...” (Gidi, 2004, pp.49). Esta creación predicha la transformaría, según Maurino, Nino y Sigal (2005), en una de las Naciones pioneras en la materia, al definir, conceptualizar y consagrar legislativamente una categoría tripartita de derechos de dimensión colectiva y transindividual.

Previo a indagar acerca de la enumeración de las categorías de los llamados “derechos de Grupo” (Gidi, 2004, pp.50), conviene aclarar que, como enseñan Maurino et. Al. (2005), en la faz procesal, el ordenamiento Brasileño ha demostrado dar respuestas instrumentales a temas colectivos desde antiguo; así se cuenta, por ejemplo, a la *Lei de Ação Popular*⁷¹ que ya en 1965 tutelaba intereses colectivos relativos a la protección del patrimonio público y la moralidad administrativa, temas ya reconocidos por la Constitución Federal de aquel país. Esta evolución en el aspecto procesal llegaría a la cumbre de su consagración mediante la *Lei de Ação Civil Pública*⁷² de 1985, que sería la encargada de regular por primera vez, como informan Maurino et. Al. (2005), lo concerniente a la tutela y reparación de daños y perjuicios producidos por la lesión a derechos transindividuales.

Pero queda claro que, en lo sustantivo, y respecto a la incorporación de una esfera de incidencia colectiva en Brasil, el hito lo marcarían dos hechos sumamente trascendentes en el camino de construcción jurídica de esta categoría, tal y como ha sido la reforma constitucional acaecida en 1988 y el Código del Consumidor de 1990, entre otras leyes sustantivas que fueran creadas en la década de 1980-1990 (Gidi, 2004, pp.49). El primero de estos sucesos consistió en el cuerpo jurídico que dimanara de la Asamblea General Constituyente de 1988, que “...estableció por primera vez en la historia constitucional de Brasil un verdadero énfasis de los planos social y

⁷¹ Lei N° 4.717/65, Regula a Ação Popular, (29/06/1965).

⁷² Lei N° 7347/85, Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, (24/07/1985).

colectivo...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.16) dotando al ordenamiento del país limítrofe de un reconocimiento expreso tanto de derechos sociales, como de cuestiones atinentes al llamado *orden social*. El segundo de los instrumentos legislativos aquí realizados, se corresponde con el Código de Protección al Consumidor⁷³ sancionado en 1990 y que, en su Art. 81, a través de sus tres incisos, enumera de manera taxativa, el esquema tripartito de derechos de grupo ya referido, distinguiéndolos entre *derechos difusos*, *derechos colectivos* y *derechos individuales homogéneos*⁷⁴, conformando, de tal manera, la tipología, tanto sustancial como procesal, de la dimensión de prerrogativas colectivas brasileña. Para definir sus extremos, será útil apoyarse nuevamente en Antonio Gidi, quien define a cada uno de los subtipos de la siguiente manera:

...el derecho difuso es un derecho transindividual e indivisible, que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que están vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica. El derecho colectivo es también “transindividual” e “indivisible”, pero pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte debido a una relación jurídica. Los derechos individuales homogéneos son derechos individuales divisibles, que tienen un origen común... (Gidi, 2004, pp.52)

En conclusión, como se ha podido apreciar del desarrollo aquí vertido, el modelo de la república Federativa del Brasil se halla bastante evolucionado, sobre todo en sus aspectos procesales, en cuanto a la tutela y reconocimiento de su órbita colectiva, a través del sistema de *derechos de grupo* ya recorrido. Este esquema tiene la virtud de ser bastante esclarecedor a la hora de determinar en concreto el alcance y delimitación de las diferentes abstracciones que contienen sus categorías, transformando así a la tarea tanto de los operadores jurídicos, como de los analistas doctrinarios, en algo más sencillo a la hora de aplicar el modelo y desentrañar su naturaleza. Es bueno hacer notar, además, que los constituyentes de 1994 han tenido muy en cuenta a la experiencia Brasileña al momento de construir el modelo de *derechos de incidencia colectiva* local,

⁷³ *Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).*

⁷⁴ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” *Lei N°8078/90.*

como bien señalan Maurino, Nino y Sigal (2005) en la obra que se ha venido citando en el presente trabajo.

Otro modelo jurídico digno de destacar, en el marco de recepción de derechos de incidencia colectiva, es el de la República de Colombia. Dentro de él se observan, según lo apuntado por Maurino et. al (2005), formas de tutela colectiva de derechos, dentro de su Código Civil, que hunden sus raíces en el Siglo XIX, utilizando como criterio de delimitación de esta esfera de protección, el concepto de *interés general*, como género abarcativo de diversas cuestiones tales como el desvío de aguas, la contaminación ambiental, preservación de lugares de uso público, resarcimiento por daños a pluralidad de personas, etc. Pero, sin lugar a dudas, la piedra de toque en la materia la conformó, para el caribeño país, la sanción de su Constitución política de 1991⁷⁵ que en su extenso desarrollo de trescientos ochenta (380) artículos, y más de sesenta (60) artículos transitorios, consagra la recepción institucional de la dimensión transindividual de derechos, promoviendo la protección de las prerrogativas e intereses colectivos “...relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.23).

En este contexto, ya de arranque, el plexo constitucional Colombiano ilustra, en su art. 13, instituto análogo al principio de igualdad⁷⁶ del plexo constitucional Argentino, como la dimensión trascendente a lo individual se halla presente, cuando dispone, en su segundo párrafo, que “...El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados...”⁷⁷. Pero el desarrollo más profundo que la Carta Magna Colombiana brinda a la dimensión social y colectiva de derechos se encontrará desplegado en los Capítulos 2⁷⁸ y 3⁷⁹ de su texto, con el Capítulo 4⁸⁰ como estandarte de tutela del

⁷⁵ Constitución Política de la República de Colombia, (06/07/1991).

⁷⁶ “**Artículo 16.**- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.” Const. Nac. Arg.

⁷⁷ Artículo 13, 2^{do} párr., Constitución Política de Colombia.

⁷⁸ “CAPITULO 2. DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES”, de los arts.42 al 77 de la Const. Política de Colombia.

ejercicio instrumental de los mismos, en los cuales se observa, sistematizada y de manera taxativa, la recepción institucional a la que se hiciera alusión en renglones anteriores, y que los autores precitados describieran.

En resumen, el Derecho Colombiano contiene dos esferas de reconocimiento y tutela de prerrogativas bien definidas, la individual y la colectiva pero, a diferencia del ordenamiento Brasileño, o de la construcción pretoriana que han hecho los tribunales argentinos, no establece distinciones en cuanto a los derechos colectivos, ya que promueve una perspectiva de recepción de los mismos situada en el *interés público o general* que las envuelve (Maurino, Nino y Sigal, 2005) sin hacer calificaciones en torno a lo *difuso*, lo *grupal*, o lo *transindividual* de estas prerrogativas. Es por ello que cuestiones como la *previsión social, la salud, el saneamiento ambiental, el fomento del deporte, la negociación colectiva laboral, la formación y capacitación de los trabajadores, la propiedad, solidaria y asociativa, y su acceso, la protección de los bienes de uso público, los derechos de los consumidores y usuarios, y la protección medioambiental*, entre otros contenidos expuestos por la letra constitucional, constituyen la más alta exigencia hacia el Estado Colombiano en materia de políticas públicas.

En virtud de lo predicho, entonces, es que en lo atinente a su esfera procesal, la defensa de la dimensión colectiva, interpretada como aquella cuyo contenido gira en torno a intereses colectivos, pluriindividuales e indivisibles (Lorenzetti, 2010), dentro del modelo colombiano se identificará con las denominadas *acciones populares*⁸¹, mientras que las llamadas *acciones de grupo*⁸² serán la herramienta adecuada para la tutela jurisdiccional de intereses individuales homogéneos.

⁷⁹ “CAPITULO 3. DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DEL AMBIENTE”, de los arts. 78 al 82, Const. Política de Colombia.

⁸⁰ “CAPITULO 4. DE LA PROTECCIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DERECHOS”, de los arts. 83 al 94 de la Const. Política de Colombia.

⁸¹ “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella...” Const. Política de Colombia.

⁸² “Artículo 88...También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares...” Const. Política de Colombia.

Dentro del ámbito de la Unión Europea⁸³ se encuentra que el Reino de España, ya en su constitución sancionada en 1978⁸⁴, reconoce una esfera colectiva de derechos consagrando, además de los derechos medioambientales⁸⁵ y de usuarios y consumidores⁸⁶; que como especie dentro de este género dimensional se advierte en todos los ordenamientos ya que conforman el núcleo inescindible de cualquier esquema que admita prerrogativas de incidencia colectiva; una órbita transindividual en diferentes dispositivos, tales como el referente a la libertad ideológica y religiosa, cuando establece que “...*Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley...*”⁸⁷ (el resaltado me pertenece), la garantía de acceso mediático y libertad de expresión “...*de los grupos sociales y políticos significativos...*”⁸⁸, la materialización del derecho a la educación a través de la programación general de la enseñanza “...*con participación efectiva de todos los sectores afectados...*”⁸⁹, el derecho de petición “...*individual y colectiva...*”⁹⁰ y los intereses colectivos en materia laboral⁹¹.

⁸³ *Tratado de la Unión Europea, Maastricht, Países Bajos, (07/02/1992).*

⁸⁴ *Constitución Española, (29/12/1978).*

⁸⁵ “*Artículo 45 Medio ambiente. Calidad de vida 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*” *Const. Española*

⁸⁶ “*Artículo 51 Defensa de los consumidores 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.*” *Const. Española.*

⁸⁷ *Artículo 16, inc. 1, Título Primero, Capítulo II, Sección 1^{era}, Constitución Española, (29/12/1978).*

⁸⁸ *Artículo 20, inc. 3, Título Primero, Capítulo II, Sección 1^{era}, Constitución Española, (29/12/1978).*

⁸⁹ *Artículo 27, Incs. 5 y 7, Título Primero, Capítulo II, Sección 1^{era}, Constitución Española, (29/12/1978).*

⁹⁰ *Artículo 29, Inc. 1, Título Primero, Capítulo II, Sección 1^{era}, Constitución Española, (29/12/1978).*

⁹¹ *Artículo 37, Título Primero, Capítulo II, Sección 1^{era}, Constitución Española, (29/12/1978).*

Además, el citado plexo normativo agrega todo un capítulo denominado “*De los principios rectores de la política social y económica*”⁹² que, en su variado contenido, reconoce una serie de derechos sociales y colectivos tales como la seguridad social, la protección de la salud a través de la garantía de políticas públicas y prestacionales al efecto, el acceso a la cultura, el ya mencionado derecho al medio ambiente adecuado, a la calidad de vida, al patrimonio artístico y cultural, y los ya mencionados anteriormente derechos de usuarios y consumidores. Es importante señalar, además, que el mentado capítulo hace mención expresa al reconocimiento de ciertos derechos que competen a grupos determinados, tales como la *juventud*, la *tercera edad* o los *disminuidos físicos*, quienes vienen a conformar una esfera de consagración pluriindividual de sectores caracterizados.

En lo instrumental, sin embargo, y más allá del variopinto desarrollo que se observa en la normativa constitucional, la tutela jurisdiccional sobre una dimensión colectiva de prerrogativas está más evolucionada, sobre todo, en materia de usuarios y consumidores específicamente, a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹³ que otorga, a través de su Art. 11⁹⁴ amplia legitimación procesal para la defensa de estos derechos. Pero no obstante ello, como agregan Maurino, Nino y Sigal (2005) en su análisis respecto del ordenamiento Español, se han planteado casos en procura de la protección colectiva en

⁹² Capítulo III, Título Primero, Sección 2^{da}, Arts.39 al 52, Constitución Española, (29/12/1978).

⁹³ Ley N° 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, (08/01/2000).

⁹⁴ “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. 4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción. 5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.” Ley N° 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, (08/01/2000).

áreas tales como: “...libertad sindical, uso del dominio público, protección de la infancia y la juventud, participación ciudadana, discriminación...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp. 344-345).

En conclusión, el esquema constitucional Español consagra el reconocimiento de *intereses difusos* e *intereses colectivos*, criterios ambos que, como define Lorenzetti (2010), se centran más en la determinabilidad de los titulares de tales prerrogativas, que en la indivisibilidad o divisibilidad de los bienes involucrados, de tal forma que cuando se trata una pluralidad de sujetos indeterminados, o de difícil determinación como sujetos de derecho, se estará ante intereses difusos, mientras que en los casos en que la referencia esté dirigida a grupos determinados de personas, o a intereses individuales homogéneos a causa de un hecho común que los contenga, los mismos serán considerados intereses colectivos (Ferrerres Comella, López de Argumedo, 2012). Lo predicho permite colegir que prerrogativas como las relacionadas con el ambiente y la calidad de vida, por ejemplo, estarán enroladas dentro de la primera categoría, ya que su reconocimiento sería a un ente *difuso*, es decir, a la comunidad toda, indeterminable en el caso concreto. En tanto que, dentro del segundo cartabón jurídico, se hallarían aquellas prerrogativas reconocidas a grupos determinados o determinables, *Vgr.*: ciertos usuarios y consumidores ante una afectación a sus derechos acaecida de forma homogénea, o a grupos determinados de jóvenes, de ancianos, de ciudadanos, etc.

Claro está que, en la faz instrumental, las diferencias que se pudieran precisar en materia de derechos e intereses se diluyen ya que el factor de categorización está puesto en cabeza de quienes sean titulares de un interés, y no en los caracteres de su objeto, por lo cual podrán existir, procesalmente, cuestiones colectivas relacionadas con bienes indivisibles, siempre que el grupo de afectados sea determinado, o acciones relativas a bienes divisibles que sean tratadas como difusas, siempre que sus titulares sean indeterminados, o difícilmente determinables.

Continuando el recorrido, aparece como muy interesante lo concerniente al esquema que propone el ordenamiento jurídico de la República Francesa ya que, a través de diversos *Codex* distribuidos por área temática, *Vgr.*: Código del Medio Ambiente, Código del Trabajo, Código del Consumo, etc., consagra una doble esfera, individual y colectiva, de reconocimiento de derechos.

Así tenemos, como un buen ejemplo de ello, al *Code de l'environnement*⁹⁵, que establece, en cuanto al bien jurídico medioambiental, que éste forma “...*parte del patrimonio común de la Nación...*”⁹⁶, agregando además, en el cuarto inciso del mismo artículo, la consagración de un principio rector para la inteligencia de este tipo de prerrogativas como es el de *participación*

*...según el cual todas las personas tienen acceso a la información medioambiental, incluida aquella relativa a las sustancias y actividades peligrosas, y según el cual se asocia a los ciudadanos al proceso de elaboración de los proyectos que tienen una incidencia importante en el medio ambiente o la ordenación del territorio...*⁹⁷

Ahora bien, lo antedicho no significa la consagración del derecho medioambiental sólo en la órbita colectiva, sino que la propia ley, de manera taxativa, se encarga de reconocer el “...*derecho de cada persona a un medio ambiente saludable...*”⁹⁸ plasmando una novedosa suerte de apropiación individual en torno a esta prerrogativa.

En cuanto al interés general subyacente en torno al ambiente, el cuerpo legal bajo análisis contiene todo un Capítulo referido a la “...*Participación pública en la elaboración de los proyectos de ordenación o de equipamiento que tienen una incidencia importante en el medio ambiente o la ordenación del territorio...*”⁹⁹, que viene a empoderar a los ciudadanos, a través de *La Comisión Nacional para el Debate Público*¹⁰⁰ que, como órgano extra poder, garantiza el acceso y participación de la comunidad en el diseño de políticas públicas en la materia, resguardando así el interés colectivo, y particular, de los ciudadanos Franceses.

Con criterios similares, el *Code de la santé publique*¹⁰¹ consagra, a través del principio de *Democracia Sanitaria* definido como “...*un conjunto de derechos de los*

⁹⁵ Ley n° 2002-276, Código del Medio Ambiente de la República Francesa, (28/02/2002).

⁹⁶ Artículo L110-1, inc. 1°, Ley n° 2002-276, (28/02/2002).

⁹⁷ Artículo L110-1, inc. 4°, Ley n° 2002-276, (28/02/2002).

⁹⁸ Artículo L110-2, Ley n° 2002-276, (28/02/2002).

⁹⁹ Título II, Capítulo I, Artículos L121-1 a L121-15, Ley n° 2002-276, (28/02/2002).

¹⁰⁰ Artículo L121-1, Ley n° 2002-276, (28/02/2002).

¹⁰¹ Ley n° 2002-303, Código de la Salud Pública de la República Francesa, (05/03/2002).

usuarios a fin de incrementar más su participación, mejorar la calidad del sistema sanitario y regular la reparación de los daños derivados de la actividad sanitaria... ” (Seuba Torreblanca, J.C., 2002, pp.2), tanto una esfera individual de derechos relativos a la salud, como una esfera colectiva de prerrogativas de la misma tipología.

Cabe hacer notar que estas conquistas del derecho fondal e instrumental Francés se basan, en gran medida, en la fortaleza del poder asociativo que han desarrollado sus ciudadanos, como bien enseña Gidi (2004), ya que ellos han hallado, a través de los denominados *grupos de interés* o asociaciones, un medio de ejercicio y exigencia efectiva de sus derechos e intereses. Es por este mismo motivo que, como describen Maurino, Nino y Sigal (2005), existen en el país galo diversas soluciones y frondosa casuística en cuanto a la faz instrumental de defensa de intereses colectivos y de grupo.

Fuera de estos modelos que se han desarrollado aquí en profundidad, existen también otros ordenamientos dignos de resaltar en cuanto a la recepción de una dimensión colectiva de derechos, de los cuales se trae a colación a uno de ellos como último ejemplo, tal y como es el correspondiente a la República de Portugal, más que nada porque en él se vislumbran características bien definidas tanto de derechos colectivos, como difusos.

El ordenamiento Portugués, ya desde su Constitución¹⁰², reconoce todo un elenco de prerrogativas transindividuales tales como las relativas a la *salud pública y seguridad social, derechos de consumidores y usuarios, calidad de vida, medio ambiente y patrimonio cultural, dominio público, derechos colectivos laborales y de apropiación colectiva de los medios de producción, así como el de grupos tradicionalmente vulnerables (niños, jóvenes, deficientes y ancianos), entre otros*¹⁰³. Este entramado tuitivo Portugués se completa con una cláusula que garantiza la tutela efectiva de estos derechos a través del *derecho de petición*¹⁰⁴ individual o colectiva, y el *derecho de acción popular*¹⁰⁵ como paroxismo de la tutela jurisdiccional.

¹⁰² Constitución de la República Portuguesa, (02/04/1976).

¹⁰³ PRIMERA PARTE, Título III, Capítulos PRIMERO al CUARTO, Arts. 50 al 79, Constitución de la República Portuguesa, (02/04/1976).

¹⁰⁴ “Artículo 49. Derecho de petición y acción popular...1. Todos los ciudadanos podrán presentar, individual o colectivamente, a los órganos de soberanía o a cualquier autoridad, peticiones, exposiciones, reclamaciones o

Vale aclarar, a esta altura, que la presente es sólo una selección, caprichosa si se quiere, entre muchos otros sistemas jurídicos extranjeros que, al igual que los vistos, receptan cuestiones diversas de lo individual como aquellas relativas al medio ambiente, consumidores y usuarios, salud, derechos laborales y grupos determinados tradicionalmente discriminados, o en situación de vulnerabilidad. Algunos de estos países, inclusive, se han destacado en la construcción de herramientas procesales aptas como para proteger prerrogativas de impacto colectivo, tales como Canadá, Suecia, o los Estados Unidos de Norteamérica; país campeón en el desarrollo de las denominadas *Class actions* (acciones de clase), a través de su *Rule 23*¹⁰⁶ que clasifica a la clase o grupo “...en función de la naturaleza de las relaciones de intereses existente entre los miembros...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.34). Otras naciones también han hecho avances en cuanto a lo sustancial, siempre centrados en las temáticas antes mencionadas, tal es el caso de Bélgica, la Federación Rusa y Turquía que, con algunos matices en cuanto a lo estrictamente tuitivo, se asimilan en sus marcos de reconocimiento.

Lo que resulta importante extraer del presente recorrido, como colofón del mismo, es la manera en que estas “...culturas y tradiciones políticas diversas...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.337) han ido construyendo, mediante mecanismos institucionales, técnico-jurídicos e instrumentales, esquemas y categorizaciones capaces de contener a esta nueva realidad que demuestra, tal como observara Heredia (2007), la idea de un *hombre situado*, asociado e interesado en la protección y realización de beneficios que trascienden su materia individual.

No forma parte del objetivo propuesto por la investigación, por lo menos en este acápite, el cotejar a estos sistemas y valorarlos, positiva o negativamente, sino el resaltar que el cambio de paradigma que se viene analizando en este primer capítulo obedece a una realidad que excede ampliamente a los procesos o evoluciones locales, lo que obliga

quejas para la defensa de sus derechos, de la Constitución y de las leyes o del interés general...” Constitución de la República Portuguesa, (02/04/1976).

¹⁰⁵ “Artículo 49. Derecho de petición y acción popular...2. Se reconoce el derecho de acción popular en los casos y términos previstos por la ley.” *Constitución de la República Portuguesa, (02/04/1976).*

¹⁰⁶ *U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions.*

a plantarse desde un enfoque más global a la hora de barajar propuestas superadoras en lo tocante a categorías jurídicas, sobre todo si se toma en cuenta que aún a pesar de la innumerable cantidad de nuevos sistemas de Derecho que se han propiciado a partir de la incorporación de los derechos de incidencia colectiva, éstos no han logrado desprenderse del todo de ciertas notas tipificantes que resultan análogas en todos ellos, independientemente de cual sea el rasgo típico que cada sistema haya priorizado a la hora de crear su propio cuadro de prerrogativas con dimensión colectiva. De hecho, en el punto siguiente será analizado un aspecto tipificante que el sistema nacional ha desarrollado, a través de la doctrina y jurisprudencia, que difiere de la concepción que pone énfasis en el tipo de interés como carácter de diferenciación de categorías que, como se ha podido observar, pareciera ser la característica de apreciación favorita de muchos de los ordenamientos extranjeros.

El próximo punto, entonces, girará en torno a la exploración del antedicho elemento tipificante para esta categorización de prerrogativas.

g. Evolución doctrinaria y jurisprudencial respecto al carácter de indivisibilidad y/o divisibilidad de los bienes jurídicos objeto de estos derechos.

Durante el recorrido emprendido por este primer capítulo, se ha observado como el enfoque individualista, dentro de las ciencias jurídicas, fue el paradigma de construcción de toda una concepción clásica de derechos subjetivos. Luego, la presente exploración implicó arribar a los rasgos de diferenciación entre dos nociones también paradigmáticas en el mundo del Derecho, como son las de derecho e interés. Más tarde se ingresó dentro del terreno del núcleo de debate que, dentro de las ciencias jurídicas, se concentró en las dos dimensiones que conforman el marco de reconocimiento de prerrogativas, a veces contrapuestas, a veces complementarias, tal y como son la dimensión individual y la colectiva. Por último, y previo a este punto, ha sido revisado el proceso de incorporación de los derechos de incidencia colectiva, como consagración de la complementariedad entre lo individual y colectivo, al ordenamiento jurídico, analizando, además, los procesos más salientes en la materia en la órbita del Derecho comparado.

Ahora bien, si se repasa con detenimiento este sendero transitado, se podrá percibir una construcción subyacente que, a partir del debate sobre lo colectivo dentro del Derecho, intenta delimitar sus alcances a través de diferentes elaboraciones dogmáticas. Así se tiene que, en un principio, la categorización de derechos de incidencia colectiva pasaba por los sujetos, distinguiendo entre *pluriindividual*, *difuso* o *colectivo* según se tuviera en cuenta la medida del interés de sus titulares, o la absoluta generalidad de los mismos. Está claro que esta caracterización basada en el interés de los sujetos de derechos, permanece impoluta en muchos ordenamientos foráneos, e inclusive, en alguna doctrina nacional, como se ha visto oportunamente.

Una variante a esta caracterización antedicha, es la que propugna el eminente Presidente de la Corte suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, quien afirma, en su obra, que “...*la existencia de una tipicidad conflictual lleva a una tipicidad de derechos...*” (Lorenzetti, 2010, pp.19), marcando cómo la emergencia de conflictos que contienen una implicancia colectiva, lleva a la necesidad de establecer

tres categorías de prerrogativas amparadas por el ordenamiento, siendo las mismas: *derechos sobre bienes jurídicos individuales, derechos sobre intereses individuales homogéneos y derechos sobre bienes colectivos* (Lorenzetti, 2010, pp.19). Nótese que, a pesar de no ser el elemento fundamental en el análisis propuesto por el autor al relacionar la tipicidad de conflictos con la tipificación de derechos, la cuestión de los bienes jurídicos aparece asumiendo plena relevancia, ya que resulta innegable que el objeto de estas prerrogativas se impone como un cartabón en sí mismo, tal como se verá a continuación.

Han sido los foros tribunales, y la consecuente elaboración doctrinaria, los autores de una verdadera construcción pretoriana acerca de la distinción de categorías de derechos de incidencia colectiva basados en su objeto, aportando una noción muy importante a la hora de realizar tal diferenciación, referido al carácter divisible o indivisible de esos bienes jurídicos comprometidos. Pero ello no ha tenido una consagración directa y pacífica en el sistema local, sino que ha ido decantando paulatinamente, no sin despertar debates encendidos en la doctrina, y generar, también, resistencias traducidas en decisorios judiciales adversos a tal evolución. En toda esta construcción es que encontrará sus bases el presente acápite, no sin dejar de considerar que, hasta aquí, la distinción que se basa en la indivisibilidad o divisibilidad de los bienes jurídicos, parece ser la que mejor se adecúa a la categorización propuesta como hipótesis de trabajo, ya que allí reside el verdadero sustrato de cada dimensión jurídica.

Para comenzar, resultará necesario delimitar conceptualmente qué bienes jurídicos son considerados indivisibles, y cuales divisibles, conforme lo planteado por la doctrina y jurisprudencia, para poder así, a partir de esta inteligencia, comprender los ejes rectores que han signado su suerte dentro del ámbito de admisibilidad como derechos de incidencia colectiva.

En este sentido, y como primera aproximación a una definición sobre el tema, es fundamental el aporte que hace Lorenzetti (2010) respecto a los extremos que corporizan a la noción de bienes indivisibles y divisibles. Sobre los primeros, el citado autor marcará una serie de caracteres que ayudan a la comprensión acabada del concepto, ellos son: a) su *carácter no distributivo*, lo cual implica que el bien jurídico así apreciado no “*distribuye*” sus beneficios entre quienes lo utilizan, importando,

además, que resulta imposible la concesión de derecho subjetivo alguno sobre ellos, ya que no podría predicarse sobre porciones de ellos titularidad exclusiva alguna; b) **uso común sustentable**, lo de *uso común* refiere a la masividad de la utilización de los bienes, mientras que la noción de sustentabilidad remite a que ese uso debe ser realizado en condiciones que no comprometan las posibilidades de otros individuos y de generaciones futuras; c) **no exclusión de beneficiarios**, que significa la imposibilidad de limitar en modo alguno el acceso al uso de estos bienes a las personas; d) **estatus normativo**, ya que resulta imperativa su calificación como bien jurídico colectivo, y su correspondiente tutela; e) **calificación objetiva**, complementando lo anterior, esa calificación del bien debe ser objetiva, ya que no es susceptible de subjetivación alguna; f) **precedencia de la tutela preventiva y resarcimiento mediante patrimonios de afectación**, resulta de cuestiones valorativas y económicas, ya que éstos bienes no son monetizables, la necesidad de hacer hincapié en la tutela preventiva que propenda a impedir lesiones o afectaciones que puedan minorar de manera definitiva al bien, no obstante, cuando procede el resarcimiento por el daño a bienes indivisibles, el traslado patrimonial no puede hacerse a un patrimonio individual, ya que no existe titularidad sobre él, por lo que el monto resarcitorio se proyectará sobre una masa de la misma naturaleza que el bien que vienen a subrogar; g) **ubicación en la esfera social**, este carácter obedece a la propia naturaleza de los bienes aquí definidos. Pero además, informa sobre los principios a ponderar en el caso concreto de afectación, y el estatus prioritario que poseen las normas protectorias de éstos; h) **su calificación como inenajenables**, al generar externalidades negativas hacia un número indefinible de sujetos, y no ser monetizables en modo alguno, resultan inalienables, lo cual es, precisamente, el asiento de su indivisibilidad, ya que no puede desmembrarse un bien de estas características para atribuir, así, cuotas de propiedad sobre él. (Lorenzetti, 2010, pp.115-117).

A contrario sensu, se podrá elaborar una definición de bienes divisibles a partir de la construcción que hiciera, sobre los primeros, el eminente autor precitado, ya que se podrá afirmar que: **su carácter será distributivo**, ya que sus beneficios recaerán en cabeza de cada sujeto determinado o determinable; **uso y aprovechamiento de cada titular exclusivo**, inversamente a lo previsto en los bienes jurídicos indivisibles, aquí el uso es potestad exclusiva de cada sujeto propietario de una cuota o porción del bien, de

manera exclusiva, provocando un deber de abstención y respeto sobre esa órbita por parte del resto de la comunidad, de lo cual se desprende, también, la propia ***exclusividad en cuanto a la asignación de beneficiarios*** de cada porción del bien; la necesidad de aquiescencia de los bienes de un ***estatus normativo*** responde a la ***relevancia jurídica*** que el Derecho ha de asignar a cada porción, mientras que, en este tipo de objeto, la ***calificación*** será ***subjetiva***, ya que hablamos aquí de bienes de apropiación individual; en cuanto a la ***precedencia de la tutela preventiva*** y la ***asignación patrimonial de los importes resarcitorios***, se impone afirmar que, en cuanto a la tutela prevencional, a diferencia de lo que se observa en cuanto a bienes indivisibles, no se trata aquí de una precedencia fijada imperativamente, ya que recae en cada titular la opción entre la restitución *in natura*, o el resarcimiento ante el daño. Y es en cuanto a esto último, precisamente, que la indemnización subrogará al bien lesionado incorporándose al patrimonio de su titular; por último, se puede predicar de este tipo de bienes que los mismos se ubican, a priori, dentro de la ***esfera individual*** de apropiación y que, además, por su propia divisibilidad podrán adjudicar a cada cuota dividida un ***derecho de propiedad exclusivo y transigible***.

Queda claro, luego de recorrer estas definiciones, que los pacíficamente admitidos como bienes objeto de derechos de incidencia colectiva han sido los indivisibles, que no presentan debate alguno desde la incorporación de estas prerrogativas en el plexo constitucional y que cuentan, además, con un frondoso desarrollo dentro de la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a sus alcances, estableciendo una armónica y progresiva evolución en cuanto a su órbita de cobertura, amplificando el marco de consideración de prerrogativas de este subtipo.

En donde se han producido las mayores resistencias, y novedosas soluciones como consecuencia, es en torno a los bienes divisibles en su consideración como objeto de prerrogativas con implicancia supraindividual. Aquí se advierte, como reseña Rivera (2008), el tránsito desde una *tesis restrictiva*, tanto dogmática como jurisprudencial, a una *tesis amplia* que permite concebir la idea de derechos de incidencia colectiva de objeto indivisible tipificados¹⁰⁷ y no tipificados¹⁰⁸, más una nueva dimensión de bienes

¹⁰⁷ Arts. 41 y 42, Const. Nac. Arg.

¹⁰⁸ Art. 43, 2^{do} párr. in Fine, Const. Nac. Arg.

jurídicos divisibles, que quedarán atrapados en esta categoría bajo diferentes presupuestos y circunstancias (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

Respecto a lo sostenido por la *tesis restrictiva* en torno a los derechos de incidencia colectiva, vale traer a colación el voto de las Dras. Highton de Nolasco y Argibay, ambas ministras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Defensor del Pueblo de la Nación”¹⁰⁹ que, al ingresar en el terreno de delimitación del objeto de estas prerrogativas plantean, de manera palmaria, cuáles son sus extremos, al decir que

...Estos derechos supraindividuales o colectivos pueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal. Estos se hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión a la entera comunidad...¹¹⁰

Como bien apunta Giannini (2008), el *holding* de este decisorio deja afuera de la categoría bajo análisis a toda prerrogativa cuyo objeto no sea estrictamente indivisible, reduciendo su marco de cobertura

...exclusivamente a los que se conocen como intereses “difusos” o “colectivos stricto sensu”, sin contemplar situaciones en las que la divisibilidad de la prerrogativa es acompañada por una masificación de la controversia y la comunidad de origen en los padecimientos... (Giannini, L.L. 2008-A-97).

Estos criterios se manifiestan, también, en la doctrina sentada por los tribunales inferiores, a través de diversos fallos, tales como “Centro de Educación al Consumidor c/ COBER MED S.A. s/sumarísimo”¹¹¹, “Unión de usuarios y consumidores c/ EDESUR S.A.”¹¹², “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR

¹⁰⁹ C.S.J.N., “Defensor del pueblo de la Nación c/e.N. - p.e.N.- dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 330:2800, (26/06/2007).

¹¹⁰ C.S.J.N., Fallos: 330:2800, (26/06/2007), Consid. 10°.

¹¹¹ Cam. Nac. de Apel. en lo C. y Com., Sala I, Cap. Fed., C.A.B.A., “CENTRO DE EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR c/ COBER MED S.A. Y OTRO s/sumarísimo.”, Id Infojus: FA04030005, (27/05/2004).

¹¹² Cam. Nac. de Apel. en lo C. y Com., Sala I, Cap. Fed., C.A.B.A., “UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES c/ EDESUR SA. s/ DAÑOS YPERJUICIOS”, Id Infojus: FA04030009, (17/06/2004).

S.A.”¹¹³, “*Damnificados Financieros Asociación Civil por su defensa c/ Citibank NA s/ordinario*”¹¹⁴ y “*Damnificados Financieros Asociación Civil por su defensa c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.*”¹¹⁵, por mencionar sólo algunos en los que, tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial adoptan una postura claramente limitativa en cuanto a la calidad de bienes jurídicos alcanzados por la fórmula constitucional de proyección colectiva.

Esta visión se ha visto reforzada, además, por no pocas voces en el ámbito de la doctrina nacional. Vale la pena repasar las miradas de algunos autores de nota de nuestro país para advertir, de inmediato, su clara participación en esta tesis predicha. En este sentido, el propio Rivera (2008) va a plantear, en las conclusiones de su trabajo, puntos de coincidencia profundos con los votos de Highton de Nolasco y Argibay *in re* “*Defensor del Pueblo*”, a los que se remite a fin de comprender mejor la posición del autor de marras. Por otro lado, el eminente constitucionalista Sagüés (2009) marca una pauta al sostener, en las evaluaciones finales de la obra aquí citada, que la propia naturaleza de los derechos de incidencia colectiva es el factor que delimita a los bienes comprendidos como colectivos e indivisibles. En una dirección muy similar a la predicha se ubican Rosales Cuello y Guiridlian Larosa (2009), quienes descartan la inclusión de bienes divisibles dentro de la categoría de prerrogativas incorporadas por la reforma constitucional de 1994, aunque aceptan, pacíficamente, soluciones procesales colectivas para la tutela de bienes divisibles que, bajo ciertas circunstancias, se hallen en una situación *accidentalmente colectiva*. Con una visión incluso más crítica, Luqui (2011), enumera tipologías de derechos reconocidas por el plexo constitucional, en los arts. 41 al 43 cuyo objeto, en todos los casos, resulta ser indivisible.

Ahora bien, cuando se hacía alusión al tránsito entre una mirada restrictiva y una visión amplia se obviaba, acaso a propósito, la valoración sobre una tesis intermedia tal

¹¹³ *Cam. Nac. de Apel. en lo C. y Com., Sala I, Cap. Fed., C.A.B.A., “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR SA. s/ Responsabilidad por Daños”, Id Infojus: FA00030001, (16/03/2000).*

¹¹⁴ *Cam. Nac. de Apel. en lo Com., Sala B, Cap. Fed., C.A.B.A., “Damnificados Financieros Asociación Civil por su defensa c/ Citibank NA s/ordinario”, Id Infojus: FA09989359, (21/10/2009).*

¹¹⁵ *Cam. Nac. de Apel. en lo Com., Sala B, Cap. Fed., C.A.B.A., “Damnificados Financieros Asociación Civil por su defensa c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.”, Id Infojus: FA09970133, (03/09/2009).*

como la que propone Rivera (2008), pero ello no implica, de ningún modo, el dejar de compartir con el autor citado que en el camino de caracterización que ha hecho la jurisprudencia y la doctrina de los derechos de incidencia colectiva, existen matices dignos de puntualizar, antes de centrarse sólo en los extremos de este sendero evolutivo. Lo que ocurre, es que respecto al carácter indivisible o divisible de los bienes jurídicos comprometidos en esta construcción dogmática, esos matices se diluyen formando, además, una omnicomprensión de la temática mucho más abarcativa. Es por este motivo que se considera, desde la presente indagación, mucho más útil el centrarse, como se procederá a continuación, en el enfoque más amplio en la materia, para después sí, plantear la orientación que debería tener el tema, bajo el prisma de enfoque propuesto. Además, será materia de otro capítulo de esta obra, el presentar cual ha sido la fundamentación que cada sector de doctrina, o autor individualmente considerado, ha encontrado a la hora de justificar la inclusión, tanto sustancial como procesalmente, de tipologías de prerrogativas cuyo objeto se basa en bienes de carácter divisible, dentro de la categoría consagrada constitucionalmente en el art. 43 CN.

Sin lugar a dudas que el cambio de paradigma en lo tocante a la admisibilidad de bienes jurídicos divisibles como objeto de prerrogativas con implicancia colectiva lo constituye el cimero fallo “*Halabi*”¹¹⁶, pero es bueno hacer notar que el núcleo de este decisorio no se presenta como un hecho aislado, sino que encarna la realización de toda una construcción de los pilares conceptuales que lo ordenan, a través de elaboraciones doctrinarias afines y posturas jurisprudenciales que le fueron brindando los antecedentes necesarios. Si se quisiera marcar un hito en la cimentación de esta tesitura, no podría evitarse la referencia a los términos del voto del Dr. Lorenzetti *in re* “*Mujeres por la Vida*”¹¹⁷ que, luego de caracterizar a los bienes indivisibles, objeto de prerrogativas colectivas, en concordancia con los estándares clásicos, agrega un subtipo de derechos cuyo objeto será plenamente divisible, tal y como son los *derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*, expresando, además, sobre ellos que

¹¹⁶ C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, Fallos 332:111 (2009).

¹¹⁷ C.S.J.N., “*Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin fines de lucro -Filial Córdoba- v. Estado Nacional*”, Id *Infojus*: FA06000388, (31/10/2006).

*...En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea...*¹¹⁸

La categorización efectuada a estos bienes divisibles, como subtipos de derechos de incidencia colectiva, tampoco ha escapado a la consideración de los tribunales inferiores, sobre todo, y con mayor impulso, a partir de la construcción pretoriana que la Corte ha efectuado del antedicho criterio. En este sentido, y sólo a efectos de muestra, se trae a colación un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial “*Adecua c/ HSBC Bank Argentina S.A. y otro s/ordinario*”¹¹⁹, que en uno de sus considerandos, plantea en forma taxativa los extremos del presente enfoque, cuando informa que

*...El art. 43 de la CN. y su reglamentación no introducen distingos en orden a la naturaleza de los derechos afectados, por lo que debe concluirse que si esos intereses patrimoniales divisibles no pudieran considerarse como derechos de incidencia colectiva y, por ende, tutelables por la iniciativa de las asociaciones, la ley 24240 carece de justificación...*¹²⁰

Por supuesto que también existe un sector de la doctrina que ha sido conteste con este desarrollo dogmático, así se cuenta como claro ejemplo de ello, lo propuesto por Gil Domínguez (2011) quien, al referirse al esquema de prerrogativas y bienes jurídicos protegidos por el Derecho, afirma que “...la dimensión sustancial de la validez del Estado constitucional de derecho argentino está integrada por derechos subjetivos, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos de naturaleza indivisible y derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos de naturaleza divisible...” (Gil Domínguez, A., 2011, pp.1). Va también, en este mismo sentido Giannini (2008), cuando en su trabajo comparte

...esta visión sobre la noción de derechos de incidencia colectiva, en tanto extiende dicha forma de protección concentrada no sólo a los clásicos intereses “difusos” (pertenecientes de modo indivisible a un grupo de personas), sino también a derechos pertenecientes divisible y homogéneamente a una comunidad de afectados individuales... (Giannini, 2008A, pp.12).

¹¹⁸ C.S.J.N., *Id Infojus: FA06000388*, (2006), Juez Lorenzetti, por su voto, *Consid. 12*.

¹¹⁹ *Cam. Nac. De Apel. en lo Com., Sala F, “Adecua c/ HSBC Bank Argentina S.A. y otro s/ ordinario”, MJ-JU-M-67560-AR | MJJ67560*, (24/06/2011).

¹²⁰ *Cam. Nac. De Apel. en lo Com., Sala F, MJ-JU-M-67560-AR | MJJ67560*, (24/06/2011), *Consid. 8*.

Por supuesto que, como síntesis de estas visiones doctrinarias, se hallan las apreciaciones vertidas por el propio Dr. Lorenzetti (2010) en su obra, cuando afirma que dentro del ordenamiento jurídico se encuentran tipificadas tres categorías de prerrogativas: derechos individuales cuyo objeto versa sobre bienes jurídicos divisibles; derechos sobre intereses individuales homogéneos, cuyo objeto también serán bienes divisibles; y derechos colectivos sobre bienes jurídicos indivisibles.

Ya se ha recorrido, entonces, la evolución doctrinaria y jurisprudencial del carácter divisible e indivisible correspondiente a bienes objeto de estos derechos. El análisis que se hará a continuación pretende ser un paso superador de estas posiciones ya expresadas, partiendo de la siguiente premisa: existen bienes, jurídicamente relevantes, que comparten, ante cierto tipo de circunstancias, tanto un carácter indivisible como divisible, y esta dualidad se da, esencialmente, porque existe una bidimensionalidad reconocida y tutelada por el ordenamiento jurídico, cuya apreciación es, bajo el impacto de ciertos factores, inescindible. Por ello, no se puede predicar que esa prerrogativa sea divisible o indivisible sino que, en cambio, podremos hablar de que habrá un impacto directo, o indirecto, sobre bienes enteramente divisibles, o sobre bienes indivisibles, en todo caso, pero esa afectación bidimensional, por su propia naturaleza, será lo que gozará de repercusión colectiva.

En apoyo de estas afirmaciones, acuden los argumentos por demás interesantes que aportan Maurino, Nino y Sigal al respecto, quienes sostienen que

...probablemente la doctrina más importante que sentó la Corte Suprema con sus pocas decisiones sobre casos de derechos de incidencia colectiva haya sido la afirmación de que éstos pueden ser la dimensión colectiva de derechos individuales ya reconocidos por la constitución...la incidencia colectiva no borra ni elimina el derecho individual, no genera necesariamente entes ontológicamente diferentes o diferenciables de los derechos individuales, sino que puede ser una forma de manifestar tales derechos, cuando se dan ciertas circunstancias... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.182).

Como conclusión, y a manera de aporte jurisprudencial en este sentido que se viene prohiendo, se imponen una serie de fallos que consagran en letra foral estos extremos que vienen a conformar la propuesta de enfoque, de los cuales serán citados específicamente dos de ellos, a fines de justificar los puntos de cercanía con la postura aquí sostenida.

En “*Portal de Belén*”¹²¹ nuestro cimero tribunal califica a la *vida humana* desde un doble estándar inescindible, como bien jurídico enteramente divisible, ya que su titularidad corresponde a *los individuos a quienes se reconoce su disfrute*, y como bien jurídico indivisible, ya que ante cierto tipo de afectaciones, la tutela de ese objeto deberá ser genérica, sin discriminación alguna ya que, de otra manera, se estarían violando los deberes primordiales del Estado

*...de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos...*¹²²

En “*Asociación Benghalensis*”¹²³ la Corte escribe el capítulo más importante en cuanto a la consideración bidimensional de prerrogativas. En las palabras del Dr. Vázquez se revela la protección constitucional de bienes jurídicos como *la vida, la salud, la dignidad, la seguridad e integridad*¹²⁴ en su esfera individual, y por lo tanto, enteramente divisible, y en su órbita colectiva, como bienes indivisibles que tienen “*...un efecto expansivo, de ahí que baste con que se conculquen o desconozcan ciertos derechos de uno solo de los del grupo para que ello incida categóricamente en el resto...*”¹²⁵.

Acaso se podría coincidir, aunque de manera parcial, con el Dr. Lorenzetti, cuando afirma que “*...podemos decir que en este caso se reconoció el derecho individual homogéneo de un sector de la población (los infectados por HIV) respecto de un derecho colectivo (la salud)...*” (Lorenzetti, 2010, pp.47). Claro que, conforme a la clasificación de derechos de incidencia colectiva que aquí se propone, dentro de la cual subyace una categoría específica de prerrogativas bidimensionales, se estará ante bienes jurídicos divisibles (como los que recaen en cabeza de los infectados por HIV, para el

¹²¹ C.S.J.N., “*Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro- c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*”, *Id Infojus: FA02000003, (05/03/2002)*.

¹²² C.S.J.N., *Id Infojus: FA02000003, (05/03/2002), Consid. 15*.

¹²³ C.S.J.N., “*Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*”, *Id Infojus: FA00000121, (2000)*.

¹²⁴ C.S.J.N., *Id Infojus: FA00000121, (2000), Juez Vázquez por su voto, Consid. 7º*.

¹²⁵ C.S.J.N., *Id Infojus: FA00000121, (2000), Juez Vázquez por su voto, Consid. 9º*.

caso), y bienes indivisibles (como la salud) que, ante circunstancias de afectación como las tratadas en “*Benghalensis*” resultarán ser las caras de una misma moneda en plano de dos dimensiones que se encuentran conectadas por las mismas circunstancias de afectación.

h. Bibliografía especial:

- Bujosa Vadell, L., (1997), “*sobre el concepto de intereses de grupos difusos y colectivos*”, La Ley – 1997 – E – 1142.
- Gil Domínguez, A., “*Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva*”, publicado en La Ley, diario del 16/06/2011, p 1. Recuperado de URL: <http://underconstitucional.blogspot.com/2011/06/afectado-derechos-de-incidencia.html>.
- Buteler Cáceres, J.A., (2000), “*Manual de Derecho Civil, Parte General*”, Pcia. de Córdoba, Rep. Argentina. Ed. Mediterránea.
- Pizarro, R.D., Vallespinos, C.G., (1999 – 2008), “*Instituciones de derecho privado: Obligaciones*”, Tomo 1, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Hammurabi.
- Andreu, F. (2014), Capítulo II – Derechos Civiles y Políticos, Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Steiner, C., Uribe, P., “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, (pp. 99-111), Estado Plurinacional de Bolivia: Ed. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
- Balbín, C., (2001), “*Sobre la legitimación en el proceso de amparo*”, LA LEY 2001-B-1172.
- Vanossi, J.R., (2000), “*Teoría Constitucional*”, Tomo I “*Teoría Constituyente*”, (2^{da} Ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Depalma.
- Lorenzetti, Ricardo L., (2010), “*Justicia colectiva*”, (1^o Ed.), Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Martínez Paz, F., (1999), “*Introducción al Derecho*”, (2^{da} Ed.), Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L.
- Heredia, J.R., (2007), “*La constitución como fuente de la pretensión de la reparación de daños. Algunos supuestos especiales*”. Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), “*Responsabilidad civil*”, Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.

- Gordillo, A., (2014), *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 2*, (10^a ed.), “*La defensa del usuario y el administrado*”, recuperado de URL: <http://www.gordillo.com/tomo2.html>
- Giannini, L., (2005), “*Tipología de los derechos de incidencia colectiva*”, Libro de ponencias y trabajos seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ed. La Ley, Mendoza 2005, pp. 40-63.
- Rivera, Julio (h), (2008), “*La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores*”, J.A. 2008-II 1141.
- Maurino, G., Nino, E., Sigal, M., (2005), “*Las acciones colectivas*”, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. LexisNexis.
- Giannini, Leandro J., (2008) “*Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de “derechos de incidencia colectiva” (a propósito del fallo de la CSN in re “Defensor del Pueblo de la Nación”)*”, L.L. 2008-A-97.
- Rosales Cuello, Ramiro - Guiridlian Larosa, Javier D., (2009), “*Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor*”, La Ley 2009-B, 1016.
- Jeanneret de Pérez Cortés, M., (2003), “*La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones*”, LA LEY – 2003 – B - 1337, pp.2.
- Bauman, Z., (2007), “*Miedo Líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*”, Barcelona, España. Ed. Paidós.
- Gil Lavedra, R., (1994), Prólogo. García Lema, A., “*La reforma por dentro*”, (pp.12). Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Planeta.
- Gargarella, R., (2014), “*Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después*” [Versión electrónica], Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen N°15. Univ. Torcuato Di Tella.
- Galdós, J.M., (2011), “*LA CAUSA “HALABI” DE LA CORTE SUPREMA*”, Revista Electrónica Cartapacio de Derecho, recuperado de URL: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/RJC/article/viewFile/1346/1531>

- Gidi, A., (2004), *“Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”*. Distrito federal, Estados Unidos de México. Ed. De la Universidad Autónoma de México.
- Ferreres Comella, A., López de Argumedo Piñeiro, A., (2012), *“Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de conflictos”* [Versión electrónica], Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Especial reformas estructurales. Ciudad de Barcelona, Reino de España.
- Seuba Torreblanca, J.C., (2012), *“Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario”* [Versión electrónica], InDret Revista para el análisis del Derecho, N°2.02. Ciudad de Barcelona, Reino de España.
- Sagüés, Néstor P., (2009), *“La creación judicial del "amparo-acción de clase" como proceso constitucional”*, SJA Lexis N° 0003/014385.
- Luqui, R. (2011), *“Socialización de la Justicia”*, LA LEY 16/12/2011, 16/12/2011, 1 - LA LEY2011-F, 1290, AR/DOC/6057/2011.

Capítulo II

Los derechos individuales homogéneos. Naturaleza y ubicación conceptual.

a. Introducción

En este segundo capítulo, la idea será la de profundizar las bases conceptuales que dan sustento racional, de alguna manera, a todo el andamiaje sobre el que reposa la hipótesis de trabajo propuesta. Es decir que, más allá de las cuestiones ya transitadas en el primer capítulo, corresponderá al presente el desagregar todos y cada uno de los caracteres centrales que definen a este particular subtipo de derechos de incidencia colectiva, tal y como son los denominados individuales homogéneos.

Bajo esta premisa, se partirá desde su naturaleza jurídica y ubicación conceptual, hasta los factores que los distinguen y particularizan tanto en el orden nacional, como en ordenamientos extranjeros. Pero previo a todo ello, vale hacer una prudente advertencia respecto al tratamiento que, desde esta postura que sostenida, se hará sobre esta categoría bajo análisis, sobre todo porque ello condicionará, además, toda la estructura futura del trabajo.

Ya se ha adelantado en el capítulo anterior que, para el presente enfoque, esta tipología de prerrogativas se enmarca dentro de una denominación diferente a la aceptada en doctrina, como es la de derechos individuales homogéneos. En el presente desarrollo se califica a los mismos como *derechos bidimensionales*, término que intenta ser lo más preciso posible a la hora de delimitar el sentido y alcance que este tipo de derechos asume. Algo que, precisamente, parece necesario clarificar a esta altura, es que esta diferenciación entre el concepto ya construido y aceptado, que da título al capítulo inclusive, y el término elaborado en el marco de este estudio, no se centra en una distinción semántica o meramente técnica, sino que, como se verá a partir de aquí, esa

modificación obedece a un razonamiento preciso, más una elaboración, que intentará ser justificado en cada uno de los próximos acápite con la mayor rigurosidad argumental posible.

Es importante comprender, en todo caso, que se parte de un modelo, tratando de interpretarlo y exponerlo de la mejor manera, para poder elaborar una propuesta superadora del mismo, en miras de efectuar una contribución al debate dogmático, y no de ofrecer lecturas críticas sin ninguna alternativa posible.

Quedó expreso recién que la conceptualización hecha por la doctrina y la jurisprudencia continúa siendo lo que da título al capítulo y, en cierta medida, a la obra en general, y ello se debe, principalmente, a que resulta una opción mucho más didáctica el tomar como punto de partida el esquema ya conocido, para recorrer el camino, a partir de allí, hacia la construcción y expresión de un modelo propio, con diferentes extremos e implicancias, pero sin pretensiones antinómicas con lo ya cognoscible.

Sobre lo antedicho versaran estas páginas que a continuación se despliegan, poniendo el acento en la metamorfosis necesaria entre lo ya apreciado y cimentado, y el desafío de redefinirlo bajo nuevas categorizaciones, para luego, una vez delimitado, comenzar a someter al nuevo modelo a la perspectivas de funcionamiento que se desprendan de él ante el daño, como fenómeno jurídicamente apreciable, y su tutela efectiva en términos procesales. Claro que, estas últimas variables mencionadas, serán parte central de los capítulos subsiguientes al presente.

Por eso es que sin más prolegómenos, queda hecha la invitación al lector a adentrarse en lo que será el primer punto de desarrollo de contenido, como es el de desentrañar la naturaleza jurídica de los *derechos individuales homogéneos*, para darle forma, así, al cotejo de esa experiencia con lo resultante de elaborar una propia naturaleza del concepto de *derechos bidimensionales*.

b. Naturaleza jurídica

Güitrón Fuentevilla (2007) enseña que determinar la naturaleza jurídica de algo es lo que permite ubicar conceptualmente a ese algo dentro del marco de las ciencias jurídicas, y más específicamente, dentro de la rama del Derecho que ha de ser la más adecuada para comprender esa temática o institución. Además, este ejercicio de delimitación dogmática será, a la postre, lo que permita *saber, conocer* y *aplicar* ese concepto.

Si se quisiera aproximarse al concepto, como ente en sí mismo, de derechos individuales homogéneos, resultaría útil volver sobre la definición que la jurisprudencia nacional ha aportado al respecto, cuando plantea que

...la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...¹

Esta noción que el supremo tribunal ha venido construyendo, invita a circunscribir el término dentro de la idea de que se trata, en realidad, de prerrogativas puramente individuales cuyo objeto resulta enteramente divisible pero que, a diferencia de los así considerados tradicionalmente, contienen dos elementos que emergen como excluyentes. En primer lugar, tendremos que estas prerrogativas se configuran como un desprendimiento de derechos tipificados como de incidencia colectiva por nuestro plexo constitucional, es decir, afectaciones derivadas de cuestiones medioambientales, que atañen a consumidores y usuarios, o cuestiones relativas a la discriminación, por citar algunos ejemplos, observando que el impacto lesivo recaerá, necesariamente, sobre la esfera individual y divisible, y no sobre la órbita colectiva. La segunda particularidad

¹ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (2009), Consid. 12.

que presenta este tipo de derechos es el de una unidad de causa. Es decir que existe un hecho, fáctico o normativo, que resulta común a todas las afectaciones que se corroboren en el supuesto, este dato asume una especial relevancia ya que es éste, y no otro, el factor que definirá la homogeneidad de estas prerrogativas, y su necesaria tutela colectiva.

La definición antedicha no ofrece demasiada polémica en cuanto a sus caracteres centrales, ya que así han sido elaborados por la Corte e interpretados por la doctrina, más allá de que, como quedó expuesto en el capítulo anterior, existan discrepancias sobre los alcances del instituto, e inclusive, sobre la existencia del mismo como categoría de derechos de incidencia colectiva. Lo que quizás brinda material para la mayor discusión en torno al tema es que, una vez admitida la conceptualización realizada e interpretados sus extremos, se pueda ubicar a esta tipología como una institución del derecho sustancial, o como un instrumento procesal de garantía de tutela judicial efectiva.

La realidad es que ha sido la propia Corte suprema la que ha abonado el debate respecto a la naturaleza de los derechos individuales homogéneos, ya que al plasmar cuales son los fundamentos que justifican el reconocimiento de estos derechos como un subtipo de prerrogativas de incidencia colectiva, informa que, los mismos, se hallan en la garantía de acceso a la justicia, así como en el fuerte interés estatal en la protección efectiva de ellos. En este sentido, el precitado *Leading Case* en la materia expresa

...Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados...²

El primero de los argumentos se corresponde con la doctrina procesalista que una parte de la doctrina nacional, con ciertos matices en las diferentes inteligencias que han surgido, adopta en su interpretación sobre este instituto y sus especiales características.

² C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 13.

En cuanto al segundo de los justificativos subrayados por el tribunal, que Maurino y Sigal (2009) denominan como “*válvula residual*” para la colectivización de procesos, se puede afirmar que se abren a partir de él una serie de disquisiciones entre lo sustancial e instrumental, ya que, como bien apuntan los autores precitados, esta sugestiva puerta entreabierta parece sugerir la intención propositiva del máximo tribunal acerca del rol del Derecho en general, y de la Corte en particular, en alcanzar el elevado objetivo de protección sustancial y efectiva de las minorías sociales no suficientemente empoderadas dentro del marco del diálogo democrático (Maurino y Sigal, 2009). En tal sentido, es bueno recordar, además, que su impronta como categoría sustantiva radicarán, a partir de esta visión omnicompreensiva que propone el cimero tribunal, en que

...los derechos tutelados dejan de ser sólo los individuales en términos agenciales; bajo ciertas condiciones los ciudadanos y habitantes son colocados frente a algunos de sus derechos, en una situación de conexión con cierta colectividad, comunidad o grupo, que se adiciona a su titularidad individual... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.166)

Pero si lo que se deseara fuera el realizar un ejercicio sintético entre los argumentos de la Corte y la doctrina sustancial construida respecto de ellos, una solución posible sería la de categorizar un subtipo de prerrogativas autónomo que se podría definir como derechos cuyo objeto será enteramente divisible, pero su reconocimiento se proyectará colectivamente, en tanto y en cuanto se trate de cuestiones atinentes a “*...materias tales como el ambiente, el consumo, la salud o grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos...*” (Gil Domínguez, 2011, pp.3), que generarán, entonces, por su propia naturaleza, la necesidad de un fuerte interés del Estado en su protección.

En apoyo de estas posturas estructuralistas aparecen autores como Jeanneret De Pérez Cortés (2003) quien, con mucha claridad, expone que existen dentro de las categorías jurídicas sustanciales de nuestro ordenamiento

...derechos e intereses de pertenencia particular, y de objeto divisible, cuya afectación adquiere dimensión social e incide en intereses colectivos o generales –sin dejar de afectar a cada sujeto particular (pueden ser ejemplos de este último supuesto derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en la relación de consumo)-... (Jeanneret De Pérez Cortés, 2003B, pp.2)

Bajo esta consigna de caracterización de derechos a partir de los fenómenos producidos en ciertas áreas tipificadas constitucionalmente, Vgr: *Responsabilidad Civil*

por daños colectivos, Derecho del Consumidor, Comercio electrónico, Derecho de la competencia, Derecho ambiental, Derechos económico-sociales y Derecho de Interés público, aparece Lorenzetti (2010) quien, tal como se ha visto en acápites anteriores, efectúa una relación de causa a efecto entre las tipicidades conflictuales surgidas dentro del marco de las cuestiones antedichas, y las tipologías jurídicas que vienen a cumplir la tarea de calificar a los mismos. En este caso, el autor precitado, hará hincapié en el interés como elemento de distinción estructural de la categoría bajo estudio, ya que éste será homogéneo y provocará la concurrencia, por ello, de pretensiones pluriindividuales. Es decir que, tanto la homogeneidad objetiva en esta clase de derechos, como su factor común de afectación, resultaran ser los extremos tipificantes para este sintagma jurídico.

En una interpretación mucho más amplia del carácter sustancial de los derechos individuales homogéneos, Gil Domínguez (2014) afirma que

...La reforma constitucional incorporó de forma expresa derechos colectivos indivisibles y divisibles (tales como el ambiente, usuario y consumidores, no discriminación negativa, discriminación positiva, defensa de la competencia) y una fórmula de derechos colectivos implícitos (con la categoría "derechos de incidencia colectiva en general") que hospeda derechos colectivos implícitos indivisibles y divisibles. En ambos supuestos, tanto en la faz patrimonial como no patrimonial... (Gil Domínguez, 2014C, 399)

El mencionado autor ubica a las prerrogativas predichas en la tipología de derechos colectivos divisibles, propugnando, en un trabajo anterior respecto al mismo tema, una interpretación *pro homine* que garantice la fuerza normativa de nuestra Carta Magna en el ámbito del Derecho de fondo (Gil Domínguez, 2011).

Como último exponente de la presente postura, por lo menos en lo que concierne a este repaso, aparece lo expresado por Maurino, Nino y Sigal (2005), quienes prohíjan la idea de que, en primer lugar, la categorización de derechos en nuestro ordenamiento no debiera, y más a partir de la reforma de 1994, reducirse a meras clasificaciones geométricas encuadradas en construcciones dogmáticas formalistas, proponiendo, en tal sentido, una inteligencia constitucional amplia que permita comprender tanto a las categorías tipificadas por ella, como a las no tipificadas de carácter general, Vgr: las

tipologías de Derechos humanos, derechos individuales tradicionalmente reconocidos en su faz colectiva, etc.

Yendo concretamente a la consideración de la categoría que se viene revisando, los autores recogen, también, los caracteres de uniformidad y homogeneidad que particularizan a estas prerrogativas, pero agregan la necesidad de realizar una ponderación estructural y general de los caracteres intrínsecos que dan fundamento a la tipología reseñada, tal y como son su proyección colectiva y la garantía de acceso a la justicia. La conexión que los juristas propugnan estará dada en plantear que

...el hecho de que algunos individuos afectados tengan incentivos y posibilidades suficientes para la defensa individual, y la ejerzan en virtud de circunstancias personales, no enerva su incidencia colectiva si en términos estructurales existen condiciones y circunstancias que impidan u obstaculicen el efectivo acceso a la justicia de los integrantes del grupo afectado... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.193)

De estas palabras se extrae, con claridad meridiana, que a la hora de tamizar la naturaleza sustancial de los derechos individuales homogéneos, se debe atender tanto al elemento que marca las posibilidades de acceso efectivo a la justicia en los grupos afectados, como las implicancias en lo colectivo que subyacen ante las dificultades estructurales que podrían obstar a ese acceso, y por lo tanto, a la materialización de la garantía de tutela jurisdiccional. Esto último pone sobre la mesa la exigencia de que exista un especial interés, por parte del Estado, en procurar se alcancen estos objetivos, tanto en lo sustancial como en lo procesal.

Sin dudas, la posición de estos autores se enrola en el terreno de la síntesis perfecta entre los fundamentos constitutivos e instrumentales que, en “*Halabi*”, diera la Corte respecto a los derechos individuales homogéneos, y resulta ser, además, la postura aquí compartida en lo tocante a la inteligencia del cimero tribunal. No obstante ello, las miradas sobre lo expresado en el fallo precitado no se agotarán con estas definiciones, tal como se verá a continuación.

Desde otro enfoque, quizás con un tinte más anclado en la naturaleza procesal del instituto de marras, el Profesor Leandro Giannini comienza su ponencia afirmando que

...La utilidad de la clasificación propuesta únicamente podrá considerarse alcanzada, si la diferenciación repercute en el trato procesal que las distintas categorías merecen, redundando – además- en una solución definitiva más eficaz y funcional de la controversia colectiva. De otro modo, sólo habremos jugado a encasillar la realidad en conceptos aparentemente seguros, sin beneficio destacable más que la satisfacción de pruritos ateneístas... (Giannini, 2005, pp.40)

Dejando en claro, conforme su opinión, que cualquier construcción dogmática que se pretenda hacer en torno a estos subtipos de derechos de incidencia colectiva, corre el serio riesgo de perderse en meras elucubraciones academicistas sin objetivos prácticos concretos. En este mismo sentido avanza el autor, definiendo la naturaleza de los derechos individuales homogéneos como aquellos que “...en atención a su origen común y a determinadas características... tornan propicio un tratamiento concentrado, pero por razones de estricta conveniencia y no de necesidad lógica. Por dicho motivo se los llama accidentalmente colectivos...” (Giannini, 2005, pp. 50-51).

Bajo esta denominación de prerrogativas “*accidentalmente colectivas*” también se enrolan Rosales Cuello y Guiridlian Larosa, quienes sostienen que

...esa clase de derechos no responde a una categoría sustancial, sino que se crea con la finalidad de brindarles una tutela procesal distinta, ya que las tradicionalmente establecidas por las leyes adjetivas aparecen como insuficientes para lograrlo... esa insuficiencia radica en que los carriles de protección individual sólo persiguen la solución del conflicto que afecta a sus partes, mientras que la tutela colectiva de derechos individuales idénticos cualitativamente y afectados por una causa común, persigue lograr otros objetivos... (Rosales Cuello y Guiridlian Larosa, 2009, 8)

El eminente constitucionalista Sagüés (2009) va a aportar mayor claridad y contundencia aún en tal sentido, al afirmar que incluir dentro del concepto de derechos de incidencia colectiva a los intereses individuales homogéneos, en los cuales no existe un bien colectivo, sino la afectación de derechos individuales enteramente divisibles, constituye una interpretación constitucional mutativa por adición no compartida por el autor, precisamente, por ser diferente la naturaleza que envuelve a los derechos de incidencia colectiva, de los analizados en segundo término, dejando sentada su posición a favor de una solución procesal colectiva para los casos bajo este supuesto.

Pero los argumentos que más han ahondado en la naturaleza procesal de los derechos individuales homogéneos son aquellos que se centran en las fórmulas jurídico normativas que lo regulan o reconocen instrumentalmente, es decir, en el art. 43 de

nuestra Carta Magna, 2^{do} párrafo³ que consagra el instituto del amparo colectivo; en el art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor⁴ que regula (aunque de forma algo rudimentaria) el proceso colectivo relativo a las relaciones de consumo; en el art. 30 de la Ley General del Ambiente⁵ que reproduce los lineamientos constitucionales en cuanto a legitimación procesal y que, más allá de ser considerada como una regla procesal de tutela de bienes enteramente colectivos, no obstaría por ello su consideración a la hora de evaluar afectaciones divisibles emanadas del daño ambiental; también entrarían en esta clasificación tanto el art. 31 inc. a de la Ley de asociaciones Sindicales⁶ en cuanto otorga legitimación extraordinaria a dichas asociaciones en la representación procesal de los intereses de sus afiliados, como el art. 42 de la Ley de

³ *“Artículo 43.-...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización....”* Const. Nac. Arg.

⁴ *“ARTICULO 54. — Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda. (Artículo incorporado por art. 27 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)”* Ley N° 24.240, Defensa del Consumidor, (22/09/1993).

⁵ *“ARTICULO 30. — Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.”* Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).

⁶ *“Artículo 31. — Son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial: a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores;”* Ley N° 23.551, De Asociaciones Sindicales, (23/05/1988).

Defensa de la Competencia⁷ en lo atinente a la legitimación procesal ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Lo antedicho no debe interpretarse como una restricción a inteligencias que permiten colegir normas procedimentales dables de extraer de otros plexos normativos, ya que abundan en doctrina ejemplos de exégesis de este tipo que no serán traídas aquí por una cuestión de atinencia con el punto y en honor a la brevedad pero que, seguramente, formarán parte de otros acápites del trabajo.

Esta fuente legal o estatutaria de la tutela de intereses individuales homogéneos va en concordancia con lo que postula Rivera (2008), quien afirma que el no reconocimiento de fuentes sustanciales de naturaleza constitucional que coloquen a estas prerrogativas dentro de la categoría general de derechos de incidencia colectiva

...no significa desconocer, sin embargo, la necesidad evidente –no sólo por razones de acceso a la justicia sino también por razones de eficiencia y de igualdad– de crear por vía legislativa un sistema de acciones colectivas adecuado para este tipo de casos... (Rivera h., 2008-II, 1141)

En conclusión se puede afirmar que las denominadas posturas instrumentalistas acerca de los derechos individuales homogéneos consideran a éstos fuera de la órbita de reconocimiento del Derecho de fondo en nuestro ordenamiento como categoría autónoma, y la base argumental de ello radica en que en los supuestos de afectación calificables dentro de este rubro se estarán configurando daños a derechos individuales de apropiación exclusiva por parte de sus titulares, no diferenciables en cuanto a lo material de los derechos subjetivos consagrados tradicionalmente. Lo que los hace pasibles de ser colocados en posición homogénea, dentro del ámbito procesal, será el factor común de afectación, ello se explica ya que, en tales casos, será necesario garantizar “...el acceso a la justicia a pretensiones que, de otra forma, difícilmente podrían ser resguardadas por la rama judicial, tornar efectivo el derecho material y promover políticas públicas, así como proporcionar eficiencia y economía procesal...” (Rosales Cuello, Guiridlian Larosa, 2009, 8).

Hasta aquí han sido revisadas las principales posturas en torno a la naturaleza y ubicación conceptual de los derechos individuales homogéneos. Dentro de este repaso, se ha intentado extraer a las visiones más representativas de ambas posiciones,

⁷ “**ARTICULO 42.** — El Tribunal podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo, a los afectados de los hechos investigados, a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados.” Ley N° 25.156, Defensa de la Competencia, (16/09/1999).

acclarando que éstas no son las únicas que gobiernan el espectro doctrinario de estas cuestiones. Corresponde ahora realizar un análisis crítico de estas elaboraciones, para poder, así, aproximarse a la noción propuesta por el presente trabajo.

En cuanto al enfoque estructural que ubica a la noción bajo estudio como un subtipo de derechos de incidencia colectiva, cabe agregar que, desde la presente tesis, se adhiere fuertemente a los argumentos que plantean la irrupción, a partir de la reforma de 1994, de nuevas categorías jurídicas que, dimensionalmente, significan la ampliación del marco de protección y reconocimiento que el Derecho brindaba tradicionalmente, trascendiendo a esa mirada de lo individual como única esfera de prerrogativas. Desde allí, cualquier construcción que se desee realizar no debería caer en el innecesario riesgo de, como bien resaltan Maurino, Nino y Sigal (2005), reducir sus conceptualizaciones dogmáticas a meros elementos geométricos y formalistas que imposibiliten la tarea de realización práctica de la categoría creada, prestándose, a su vez, a que sea la propia noción elaborada la que termine atentando contra esa construcción.

Si se tomara al primer enfoque bajo análisis, se hallaría que el concepto construido por la doctrina y la jurisprudencia se corresponde con la idea de que se trata, en verdad, de una manera distinta de caracterizar derechos subjetivos afectados por un factor común, de hecho o de derecho y que, por tratarse de bienes incluidos dentro de las categorías tipificadas como derechos de incidencia colectiva, Vgr: derechos de consumidores y usuarios, defensa de la competencia, minorías discriminadas, etc., y no resultar su acceso a los órganos jurisdiccionales de manera individual posible o de difícil materialización, no escapan, en lo sustancial, a la órbita de prerrogativas pluriindividuales reconocidas por la Carta Magna. Ello supone que existan, en nuestro ordenamiento, dos tipologías de derechos individuales en realidad, ya que hablaremos de los derechos subjetivos clásicos, reconocidos por el plexo normativo y consagrados a la tutela individual, y una clase de derechos subjetivos que, en tanto y en cuanto sean afectados de manera idéntica a otros bajo la misma clasificación, serán considerados como derechos individuales homogéneos. Claro que, como se ha observado en diversos fallos de la Corte (*“Defensor del Pueblo”* entre otros), la labor de interpretación acerca de esa identidad homogénea entre derechos divisibles, sobre todo si se trata de prerrogativas afectadas en lo patrimonial, ha tendido a mostrarse restrictiva y, por ende, muy propensa a vaciar de contenido al concepto desarrollado por *“Halabi”*. Esto es lo

que ha llevado a Gil Domínguez (2011) a afirmar que en pos de darle continuidad a la elaboración doctrinaria de esta noción, el desafío es no permitir que se *ultime* a los extremos sentados por el señorero decisorio.

En igual sintonía, y casi como una imprescindible consecuencia de esa interpretación acotada de los derechos individuales homogéneos, surge la mirada instrumentalista del tema, ya que a través de la construcción de herramientas de naturaleza procesal que encarnen a los elementos característicos que se presentan en esta tipología de prerrogativas, se subsanarían las limitaciones estructurales antedichas. Siguiendo a Verbic (2013), se puede considerar que el esquema tuitivo ante ciertas circunstancias de hecho o de derecho se completa con la consagración de un proceso de tipo colectivo que contempla una legitimación extraordinaria concedida a

...ciertos actores sociales (algunos organismos públicos, asociaciones civiles y hasta personas físicas) pueden representar en sede judicial a grandes grupos de individuos que comparten similar situación de hecho o de derecho y que, por tal motivo, cuentan con pretensiones homogéneas ante quien ha cometido determinado hecho u omisión que les causa un daño... (Verbic, F., 2013, pp.1)

Es importante señalar que, partiendo de este enfoque, no quedaría más que afirmar que la naturaleza material de estos derechos no será otra que la de los derechos subjetivos tradicionalmente considerados, proyectando efectos procesales diferenciados de éstos ante una circunstancia, o hecho jurídicamente relevante, que los ponga en pie de homogeneidad y que, por las dificultades que presenta su tutela procesal clásica, o por el fuerte interés que despierta su protección por parte del Estado, requieren de un especial tipo de proceso, tal y como es el colectivo propuesto por el autor precitado, para garantizar, de esa manera, cumplir los más altos objetivos en materia de acceso a la tutela jurisdiccional.

Centrándose en esta posición, rápidamente se observará, que la misma, no alcanza a explicar, por lo menos de forma integral, la repercusión colectiva que da fundamento a este tipo de tutela; es preciso recordar que la legitimación extraordinaria mencionada por los autores que promueven estas perspectivas instrumentalistas está consagrada dentro del art. 43 de la Constitución respecto de los derechos de incidencia colectiva expresamente tipificados por ella, más los no tipificados por la fórmula, pero reconocidos dentro del término “...derechos de incidencia colectiva en general...”⁸, lo

⁸ Art. 43, 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

que provoca la necesidad de circunscribir la pertinencia de este tipo de procesos, con este tipo de legitimación, a cuestiones que, directa o indirectamente, posean implicancias colectivas. La doctrina instrumental, entonces, no alcanza a explicar qué diferencias sustanciales podrán hallarse entre derechos subjetivos equiparados por una unidad de causa, con éstos mismos cuando respondan a una causa homogénea, y no por una falencia propia, sino por qué no es la estructura procesal la más adecuada como para brindar respuestas a estas premisas, ya que desde aquí, a la hora de desentrañar la naturaleza de mérito y oportunidad respecto al tratamiento diferenciado en la defensa de ciertos derechos subjetivos, se hallará con una conceptualización vinculada “...*con el comportamiento y posibilidades de los afectados en relación con el ejercicio y defensa del derecho, y en particular con el “acceso a la justicia”...*” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.174), que no indagará más allá en cuanto al contenido de esas prerrogativas colectivamente sustanciadas.

La mejor manera de enfrentar el desafío al que hacía referencia Gil Domínguez (2011) se basa, justamente, en revisar el *nomen iuris* elegido por el supremo tribunal a la hora de caracterizar a este tipo de derechos, es decir, tratar de darle otro continente al contenido ya elaborado materialmente, que permita, inclusive, ampliar el sentido y alcance del mismo.

Para comenzar a sortear el desafío planteado, servirá de apoyo una idea que se desprende de lo planteado por Maurino, Nino y Sigal (2005) en su obra y es que, en verdad, los derechos de incidencia colectiva reconocidos a partir de 1994 no se limitan a la tutela de los bienes jurídicos expresamente tipificados por la letra de los arts. 41 y 42 CN, sino que, además, importan una dimensión colectiva de derechos individuales ya consagrados constitucionalmente. En este sentido, es bueno recordar lo colegido por el máximo tribunal nacional tanto en “*Asociación Benghalensis*” como en “*Rodríguez, María Belén c/Google inc.*” ya que en los mismos, y sin entrar a considerar si se hablaba allí de derechos individuales homogéneos o no, la Corte hará una caracterización de prerrogativas, en estos casos la salud y la libertad de expresión, que se basa en la bidimensionalidad de éstos como bienes jurídicos protegidos por el Derecho. Es decir que, como describen los autores precitados,

...probablemente la doctrina más importante que sentó la Corte Suprema con sus pocas decisiones sobre casos de derechos de incidencia colectiva haya sido la afirmación de que éstos pueden ser la dimensión colectiva de derechos individuales ya reconocidos por la constitución...la incidencia

colectiva no borra ni elimina el derecho individual, no genera entes ontológicamente diferentes o diferenciables de los derechos individuales, sino que puede ser una forma de manifestar tales derechos, cuando se dan ciertas condiciones... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.182)

Esta impecable opinión que expresan los autores sobre el camino recorrido por la más encumbrada inteligencia jurisdiccional del país, es lo que lleva a colegir que, sin lugar a dudas, el esquema constitucional de derechos admite claramente una categoría intermedia entre los derechos subjetivos sobre bienes individuales enteramente divisibles y los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos e indivisibles, pero que ella no obedece a una tipología enrolada a derechos individuales colectivizados por factores de homogenización, tal como afirma el cimero tribunal en “*Halabi*”, o a criterios de acumulación pretensivos basados en razones de conveniencia procesal, sino que esa categoría intermedia estará signada por derechos sobre bienes jurídicos bidimensionales que conforme cuál sea el tipo de afectación que recaiga sobre ellos, impactará sólo sobre la esfera individual de los mismos, sobre su dimensión colectiva, o sobre ambas, provocando, como desprendimiento natural de ello, especies de tutela jurisdiccional idóneas como para darles adecuada resolución.

En definitiva, se adscribe, desde aquí, a la idea de que cierto tipo de derechos se proyectan, de manera complementaria a su dimensión individual, hacia una dimensión colectiva, aunque ello sea, a priori, una proyección en expectativa. El daño, como punto de impacto jurídico, será, entonces, y bajo determinadas circunstancias, el materializador de esta proyección bidimensional, operando en consecuencia como factor de homogeneización en la exigibilidad del resarcimiento ante el menoscabo a tales prerrogativas, tanto en lo individual como en lo colectivo, produciendo la necesidad de sustanciar, en un mismo proceso, las soluciones que repercutan en ambas dimensiones o, una vez identificada esta categoría de derechos en un proceso bilateral clásico, consagrar el carácter extensivo del camino solutorio asumido por la sentencia.

Volviendo al tema de la naturaleza jurídica de estos derechos, que han de ser interpretados como bidimensionales a partir de lo propuesto por este trabajo, es conclusión del mismo que ella radica en una prerrogativa cuya titularidad podrá ser individual, pero el bien jurídico objeto de ella posee una faz de apropiación exclusiva y divisible, y una esfera que por la relevancia social que despierta su protección, repercute colectivamente, siendo inescindible, ante ciertas circunstancias, su consideración desde ambos planos. Es bueno aclarar que la manera de encuadrar a este tipo de derechos no

depende ni de decisiones discrecionales de los jueces, ni de nociones indeterminadas como el *interés general* o la *incidencia colectiva* tomada como parámetro genérico, como expresan de manera crítica Maurino, et. al. (2005) a la hora de analizar posturas conceptuales que giran en torno al denominado interés público, sino que el verdadero cartabón de los derechos bidimensionales será determinado por aquellos bienes jurídicamente relevantes que se configuran como conquistas imprescindibles del sistema republicano, democrático y social de Derecho, y que encarnan, de alguna manera, el objetivo final que toda comunidad organizada deposita en el Estado, como abstracción política y jurídica de la voluntad soberana, de que éste vele por el pleno goce, individual y colectivo, de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, contando como guía inestimable para esa misión a lo que ya, desde el preámbulo⁹, anuncia la Carta Magna.

De esta manera, nadie podría considerar cumplidos tales objetivos en el marco de un Estado de Derecho si se aceptara dócilmente que prerrogativas como el derecho a la salud, a la vida o a la dignidad resultan cláusulas proyectadas sólo en una dimensión individual, sin entrar a considerar, siquiera, el efecto expansivo que opera, indefectiblemente dentro de una comunidad jurídicamente organizada, ante su desconocimiento o lesión

*...de ahí que baste con que se conculquen o desconozcan ciertos derechos de uno solo de los del grupo para que ello incida categóricamente en el resto. Lo manifestado, no implica negar capacidad procesal a cada uno de los enfermos, sino posibilitar -en atención a la peculiar naturaleza de los derechos afectados-, a una o varias asociaciones el ejercicio monopolístico de la acción...*¹⁰

Esta *expansión* de una prerrogativa de agenda constitucional es el contenido de su dimensión colectiva, o sea, de aquello que, ante ciertas circunstancias de afectación, requiere una solución reparadora, en igual medida que opera el resarcimiento individual dentro de un mismo proceso.

⁹“Preámbulo.- Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.” *Const. Nac. Arg.*

¹⁰ C.S.J.N., “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, *Id Infojus: FA00000121*, (2000), *Juez Vázquez, por su voto, Consid. 9º.*

Otro claro ejemplo de esta tipología se encuentra en la *libertad de expresión*, la cual, como ha señalado la Corte suprema en un reciente fallo referido al derecho a expresarse a través de un medio como internet, debe comprenderse tanto desde su dimensión individual como colectiva, conteniendo la primera de ellas “...*el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar -o no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc...*”¹¹, más “...*la libertad de información y la formación de la opinión pública...*”¹² como contenido de la segunda. Pero quizás sea mucho más esclarecedor lo afirmado por Zelada y Bertoni (2014) en el brillante análisis que realizan sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a este tema, y más específicamente, sobre los dos pilares de interpretación que ha usado el mentado Tribunal en torno a este derecho, tal y como son el “*estándar democrático*” y el “*estándar de las dos dimensiones*”. En cuanto al segundo de estos estándares, que se muestra como el más relevante para la línea argumental que aquí se viene siguiendo, la CIDH “...*postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse sólo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo....*” (Bertoni, Zelada, 2014, pp.324). De hecho, el tribunal interamericano profundiza en el contenido de esta bidimensionalidad afirmando que

*...cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales...*¹³

A lo largo del presente trabajo se irá descubriendo a cada uno de estos derechos bidimensionales, que se hallan incorporados dentro de nuestro ordenamiento jurídico de manera tan natural como explícita, anticipando que cualquier clasificación que se intente realizar no será definitiva, sino un ladrillo más en la construcción que los constituyentes de 1994 dejaron como legado más importante y que tal como señalan Maurino, Nino y Sigal (2005), invitan a interpretar y desarrollar a los conceptos

¹¹ C.S.J.N., “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, *Id Infojus: FA14000161*, (2014), *Consid. 11*.

¹² C.S.J.N., *Id Infojus: FA14000161*, (2014), *Consid. 11*.

¹³ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, *Opinión Consultiva OC -5/85 del 13 de Noviembre de 1985, Serie A N° 05, Consid. 30*.

incorporados con el ánimo de superar discusiones o construcciones dogmáticas previas, es decir, asumir el compromiso de desarrollar una cosmovisión superadora que permita instaurar una voluntad renovadora en el mundo del Derecho.

Sea acaso una forma de plasmar esa nueva voluntad, como afirma Vallespinos (2007), el superar la dolorosa disputa entre lo individual y lo colectivo comprendiendo que, en la propia naturaleza de ciertas prerrogativas, se encuentra un núcleo de protección al hombre como fundamento y fin de las leyes, más el valor intrínseco que adquiere tal derecho en cuanto a los objetivos colectivos por los que debe velar el Estado como promotor de políticas públicas.

c. Ubicación de los derechos individuales homogéneos como una de las categorías de derechos de incidencia colectiva

Ya han sido recorridos ampliamente los fundamentos que dan sustento a la idea de integrar a los derechos individuales homogéneos como una categoría dentro de los tipos de prerrogativas que poseen repercusión colectiva, por lo que se intentará no redundar en torno a ello. Si se presenta como importante, no obstante, el hacer notar que de “Halabi” en adelante con mayor fuerza, pero ya desde antes¹⁴, los parámetros de análisis que permiten encuadrar a prerrogativas sobre bienes jurídicos divisibles como de incidencia colectiva han quedado fijados, en cierta forma, por los estándares creados de manera pretoriana por la Corte, brindando así, los ejes sobre los que radican las construcciones dogmáticas realizadas a su alrededor.

Como también se ha podido apreciar hasta ahora, esas construcciones predichas no han sido uniformes ni en sus desarrollos, ni en sus perspectivas respecto al tema, pero todas han contribuido a poner en agenda a los derechos transindividuales, lo cual resulta virtuoso más allá del enfoque utilizado.

Estos estándares referidos, que son enumerados muy bien por Maurino, Nino y Sigal (2005) en su obra, se basan en ciertas circunstancias o requisitos que tamizan su integración dentro de la tipología estudiada, ellos son: a) la existencia de un conjunto de

¹⁴ C.S.J.N., “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin fines de lucro -Filial Córdoba- v. Estado Nacional”, Id Infojus: FA06000388, (31/10/2006), Juez Lorenzetti, por su voto, Consid. 9°

relaciones jurídicas uniformes y de dinámica plural; b) la existencia de circunstancias o acontecimientos fácticos o normativos en virtud de los cuales una cantidad de sujetos quedan situados para su ejercicio o protección en tales condiciones estructurales de uniformidad y homogeneidad; c) la imposibilidad real, o palpable dificultad, de acceso a la justicia por parte de cada uno de los individuos que componen el grupo afectado; d) El fuerte interés Estatal que subyace en el ánimo de reconocer y tutelar tales prerrogativas; e) que éstas sean “...*derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados...*”¹⁵, aunque cabe aclarar sobre este punto que, acompañando un poco la noción propuesta por Lorenzetti (2010) acerca de que la calificación jurídica depende de la tipicidad conflictual emergente, la interpretación más adecuada sobre el tipo de prerrogativas personales y patrimoniales comprensibles dentro de la categoría será mucho más amplia (*Ver esquema de Gordillo (2014) citado en Capítulo I, acápite e., pp. 48-49*). Todos estos caracteres asoman en el horizonte ante la lesión de bienes jurídicos que responden a esta clasificación, siendo la labor interpretativa en el caso concreto, la que logrará el cometido de ponerlos en evidencia para así poder ponderarlos.

Ahora bien, de estos filtros insoslayables hay uno que resulta de especial relevancia en la tarea de ubicación propuesta ya que del mismo se desprende, por la propia naturaleza de los bienes comprometidos, la necesidad de su proyección colectiva, y no es otro que el elemento que hace referencia a la materia sobre la que versa la prerrogativa afectada, es decir, las lesiones o restricciones divisibles que impactan sobre usuarios y consumidores, o que se desprendan de daños medioambientales, o que afecten la libre competencia, o la participación política y sindical, o afectaciones que impidan o dificulten el acceso irrestricto a la información pública, o las lesiones que recaigan sobre grupos desfavorecidos y sujetos tradicionalmente discriminados, etc. En casos de este tipo, entra en juego el fuerte interés del Estado como máximo promotor del programa constitucional, de velar por la incolumidad de estas cuestiones, más la efectiva protección que está llamado a dispensar sobre las minorías. Este será uno de los ítems interpretativos ineludibles al momento de bajar al *casus*, ya que sería una mera

¹⁵ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), *Consid.12*

expresión de deseo, y no una realidad operativa, cualquier inteligencia que no apuntara a poner el acento sobre ello.

Va de suyo el colegir que, además de la especial unidad de causa como factor de homogeneización que los caracteriza, este tipo de prerrogativas deberán mantener una coherencia material con cuestiones cuya dimensión social sea ineludible, para así poder ser agendadas como una de las categorías contenidas por el plexo constitucional.

Todo ello aparece más claro si el análisis se centra en la fórmula normativa que, de manera taxativa, revela los extremos sustanciales y procesales de esto que se viene estudiando, y que no es otra que la cláusula constitucional en la que ha abrevado el cimero tribunal a la hora de hallar fundamento legal a los esquemas jurídicos propuestos por su jurisprudencia. Por supuesto que la referencia hecha se basa, en este caso, al art. 43 2^{do} párr. de la Carta Fundamental.

Este dispositivo expresa, en el párrafo precitado, que

*...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...*¹⁶

A la luz de lo planteado por “Halabi”¹⁷, este párrafo debe combinarse con el criterio de procedencia establecido por la primera parte del mismo artículo, en cuanto establece que las acciones de este tipo son admisibles “...contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta...”¹⁸. En tal sentido, es posible colegir que se habla, en verdad, de cualquier forma de afectación, tomada ésta en sentido lo más amplio posible, tal como propone Giannini (2005) al hablar del variadísimo elenco de situaciones contenidas por esta clase de supuestos, o Gil Domínguez (2011, 2013) quien prohija una inteligencia *pro homine* de las cláusulas constitucionales y agrega, además, la necesidad de comprender, bajo estos supuestos, a las afectaciones, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, sobre bienes colectivos e

¹⁶ Art. 43, 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

¹⁷ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009).

¹⁸ Art. 43 1^{er} párr., Const. Nac. Arg.

individuales homogéneos, o aquella postura, también sobre afectaciones de tipo patrimonial comprendidas por la regla en cuestión, sostenida por Galeazzi y Verbic (2014), más lo postulado por Maurino, Nino y Sigal (2005) al respecto, al sostener la conveniencia de maximizar los efectos tuitivos del mentado dispositivo.

Pero si acaso hagan falta mayores argumentos como para reafirmar esta interpretación amplia del dispositivo, en un fallo posterior al fundante de esta doctrina, la Corte ha confirmado la misma inteligencia al decir, en uno de sus considerandos, que la citada norma constitucional “...incluye, entre otros, los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y a los derechos de sujetos discriminados...”¹⁹, echando por tierra a las denominadas por Gil Domínguez (2013) “rebeldías formalistas” emergentes de algunos fueros tribunales que intentaron ser restrictivos con la aplicación de la doctrina “Halabi”, y reactualizando el concepto de argumentación constitucional construido de forma pretoriana por el tribunal.

Continuando con el *iter* analítico que permite profundizar acerca de los fundamentos que categorizan a los derechos individuales homogéneos como prerrogativas de incidencia colectiva dentro del más alto esquema normativo, el precitado artículo expone, de manera enunciativa conforme a la interpretación que aquí se sostiene, sobre qué derechos deberá impactar esta *afectación* para que la misma sea ponderada en su proyección colectiva. Como sostiene Lorenzetti (2010), lo que aquí se considera con especial atención es lo referente a la trascendencia social que, ineludiblemente, tienen esta clase de bienes jurídicos ya que, más allá de que en el caso específico de los derechos individuales homogéneos se trate de lesiones o restricciones *derivadas* que impactan sobre la esfera individual, siempre existirán estas materias conculcadas como principal argumento de procedencia para el especial tipo de amparo que promueve la Carta Magna.

Por último quedará lo referente a la legitimación extraordinaria que la fórmula legal dispensa al “...afectado particular, titular de una prerrogativa jurídica individualizada por la ley y que es puesta en riesgo o menoscabada mediante el acto u omisión lesivos...” (Lorenzetti, 2010, pp.140); al Defensor del Pueblo, cuya

¹⁹ C.S.J.N., “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, *Id Infojus*: FA13000127, (2013), *Consid.* 9

*...misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas...*²⁰

Y a las *asociaciones que propendan a esos fines*, entendidas éstas como aquellas constituidas conforme a las reglas del Código Civil²¹ y cuya finalidad observe la pauta de no ser contraria a la ley y acorde con el objeto demandado, además de un esquema mínimo en lo organizacional y estatutario que permita cotejar las referidas metas institucionales (Lorenzetti, 2010, pp.153).

Es importante aclarar que este tema de la legitimación será desarrollado en mayor profundidad en próximos capítulos, por eso a ellos se remite a fin de obtener una mejor comprensión acerca de la postura sostenida al respecto. Si resulta necesario resaltar, a la luz de la tarea de ubicación que se intenta realizar en el presente acápite, que estas legitimaciones extraordinarias que propina el dispositivo normativo consagrado constitucionalmente, apuntalan aún más los criterios de amplia tutela de derechos de incidencia colectiva, incluidos, claro está, los individuales homogéneos, conjuntamente con la necesidad de acudir al proceso colectivo como respuesta instrumental ante la lesión, patrimonial o extrapatrimonial, de esta clase de prerrogativas, más el imperativo de “...considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte...”²², como objetivos finales de alcanzar la garantía efectiva de tutela jurídica (Gil Domínguez, 2011) y de reafirmar la plena operatividad de las normas constitucionales.

En definitiva, la dimensión constitucional de derechos de incidencia colectiva protegidos, operativamente, por la regla del Art. 43 2^{do} párr. incluirá, dentro de sus alcances, a los

...derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos expresos tales como la afectación al ambiente, la defensa de la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores y los derechos de los sujetos discriminados... derechos de incidencia colectiva referentes

²⁰ Art. 86, Const. Nac. Arg.

²¹ “Art. 33. Las Personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter privado: 1º. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar.” Cód. Civ. Arg.

²² C.S.J.N., Id Infojus: FA13000127, (2013), Consid. 9

a intereses individuales homogéneos patrimoniales y no patrimoniales implícitos que surjan de las subsunciones fácticamente verificables en la fórmula derechos de incidencia colectiva en general... Los derechos individuales que sin cumplir estrictamente con el requisito de la verificación de una causa fáctica común demanden un fuerte interés estatal en su protección, ya sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados... (Gil Domínguez, 2013, 3)

Además de los tradicionalmente considerados, que son aquellos que versan sobre bienes colectivos propiamente dichos. Por ello, y más allá de si se asume un enfoque sustancial de las prerrogativas individuales homogéneas, o instrumental en lo atinente a la conveniencia procesal que importa considerar a derechos individuales como *accidentalmente colectivos*, lo cierto será que los fundamentos anidados en la evolución jurisprudencial y doctrinaria en torno a estos derechos pretende responder, operativamente, a la mejor exégesis posible en materia constitucional, en procura de amplificar la comprensión del Derecho a las más novedosas “...*emergencias prácticas conflictuales...*” (Lorenzetti, 2010, pp.13) que acontecen en la sociedad de la cual el ordenamiento jurídico, en su conjunto, resulta garante, a la vez de abrir, a partir de estas elaboraciones dogmáticas, “...*horizontes muy enriquecedores en torno a la participación popular mediante el acceso a la justicia...*” (Gil Domínguez, 2013, 3).

En el caso de la denominación técnico-jurídica que el presente trabajo propone, tal y como es la de derechos bidimensionales, la cuestión relativa a su ubicación se simplifica, ya que será el producto de una visión omnicompreensiva de lo que ha venido *diciendo* la Corte Suprema desde la reforma de 1994 en materia de derechos de incidencia colectiva, como bien apuntan Maurino et. al. (2005), lo que marque la pauta real y concreta de categorización de esta noción propuesta como especie de ellos.

El supremo Tribunal de la nación ha venido ensayando una construcción de nociones dogmáticas sobre la *incidencia colectiva* de los derechos que va mucho más allá del recorte que puede inferirse en las prerrogativas individuales homogéneas, signando un camino en el cual la construcción de ese esquema conceptual “...*requiere la superación de las distinciones tradicionales y debe dar cuenta de los elementos que explican y justifican su recepción constitucional...*” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.191), invitando a aquellos que pretendan decodificar el término de marras a tomar una perspectiva mucho más amplificada que aquellas que han resultado clásicamente aceptadas. Es preciso comprender, entonces, que cuando se habla de derechos de

incidencia colectiva, se incluyen también a aquellas prerrogativas que admiten una dimensión individual, tradicionalmente reconocida por el Derecho, más una dimensión colectiva que se adiciona a la primera, dada la relevancia social que adquiere ese bien jurídico, y que reciben tutela jurisdiccional efectiva, siempre y cuando su afectación importe a ambas dimensiones, a través de la protección dispensada por el art. 43, 2^{do} párr. CN que, justamente, y basado en esta bidimensionalidad, requiere de un tipo de proceso especial que permita conjugar las derivaciones en lo individual y lo colectivo de la lesión sufrida de manera conjunta y a través de mecanismos técnico-instrumentales específicos para ello, algo que se verá con mayor claridad en este trabajo cuando, en el mismo, se haga referencia al tema de marras en los capítulos correspondientes, a la vez de un sistema de legitimación extraordinaria que garantice la efectiva representatividad de los sujetos, grupos de ellos, o comunidades afectadas.

A manera de cierre del presente punto, es importante reafirmar la idea de que la introducción de una dimensión colectiva de derechos en nuestra Carta Magna, más la incorporación del sistema de Derechos Humanos en pie de igualdad jerárquica con la cúspide del ordenamiento todo, implica una reinterpretación del mismo, que permite ir construyendo esquemas jurídicos lo suficientemente dinámicos como para acompañar los cambios sociales, y sus demandas, de manera efectiva. En este contexto, la pretensión de ir ubicando nuevas esferas de reconocimiento de prerrogativas, ya sea la de derechos individuales homogéneos o bidimensionales, bajo este amplio marco tuitivo que se califica a partir de la repercusión que posee colectivamente cierta clase de bienes jurídicos, se torna más en un imperativo de estos tiempos que en una cuestión signada por el dogmatismo o la construcción meramente academicista.

Esa tarea tiene un horizonte plagado de desafíos y oportunidades, pero también ha tenido un origen, como se verá en el punto siguiente, que ha constituido la valiosa guía de referencia legada por las primeras voces que se aproximaron al tema, independientemente de sus enfoques o posturas. Han sido sus conceptos, y no otra cosa, lo que han permitido ir avizorando a ese horizonte cuyo cénit se hace tan necesario alcanzar en esta hora.

d. Evolución Jurisprudencial de los derechos individuales homogéneos y los derechos bidimensionales.

Vale la pena aclarar, previo a ingresar en los detalles del presente punto de estudio, que la historia de los derechos individuales homogéneos dentro de nuestro ordenamiento está estrictamente relacionada con su construcción jurisprudencial, ya que será una verdadera labor pretoriana de los tribunales la que dará forma y ubicación a esta categoría. Ello no importa desconocer que existen diversos dispositivos normativos que pueden ser asimilables a la categoría reseñada, pero ello también ha sido producto de la inteligencia que los Jueces han realizado sobre las mismas, al encontrar soluciones, dentro de las fórmulas existentes, que se adecuaran al nuevo esquema de derechos propuesto a partir del Leading Case “*Halabi*”.

Las diferentes voces que se han dejado escuchar en doctrina en procura de reinterpretar las tipologías de prerrogativas reconocidas en nuestro esquema jurídico, han permitido comprender que la noción elaborada jurisprudencialmente no fue producto de la combustión espontánea, sino el resultado de una corriente de pensamiento que ha signado las postrimerías del siglo pasado.

En lo atinente a la caracterización propiamente dicha, el puntapié inicial de esta construcción pretoriana lo constituye el voto en disidencia del Dr. Lorenzetti *in re* “*Mujeres por la vida*” en el cual, el eminente magistrado, introduce un esquema que incluye a cierto tipo de derechos individuales que en virtud de un hecho, único o continuado, que lesiona a éstos, provoca la inevitable consecuencia de proyectar una comunión de intereses idénticos en la faz pretensiva, máxime cuando la prosecución de una demanda, individualmente considerada, no aparece justificada plenamente, o existe un fuerte interés estatal en brindar una protección amplificada. Todo ello se fundamenta, conforme a las afirmaciones vertidas en los considerandos del voto en cuestión, en la consagración constitucional de tal categoría de prerrogativas dentro de los márgenes correspondientes a los derechos de incidencia colectiva, y más precisamente, en la alusión que el art. 43 2^{do} párr. de la Carta Magna hace sobre derechos de los consumidores y a la no discriminación, que resultan ser las áreas temáticas en las cuales se presentan estas tipologías.

Esta última cuestión, acerca de las materias en las cuales se pueden encontrar supuestos de esta clase de derechos, es la clave que podrá aproximar a ciertos “*mojones*” jurisprudenciales que pueden haber servido de referencia en la elaboración de lo que sería, en definitiva, el clímax de la categorización de los derechos individuales homogéneos en “*Halabi*”, aunque es preciso tener en cuenta, tal como lo advierte el eminente jurista precitado en una de sus obras, que “...*hasta el año 2007, la doctrina de la Corte Suprema dio amplia cabida a la protección de los bienes colectivos...pero se mantuvo restrictiva en la tutela de los intereses individuales homogéneos. Esta tesis se fundamentó en la protección de la propiedad individual...*” (Lorenzetti, 2010, pp.51). Es bueno recordar en torno a ello que los considerandos fundantes del esquema bajo análisis no constituyeron el *Holding* del decisorio en “*Mujeres por la vida*”, sino uno de los votos en disidencia, lo cual confirma que, aún en este precedente, la doctrina restrictiva se mantuvo incólume.

Siguiendo el criterio de apreciación material de los intereses individuales homogéneos sentado por la Corte a partir de los considerandos precitados, sería factible trazar una línea en perspectiva anclada en ciertos fallos previos que, si bien no fueron resueltos como supuestos de las prerrogativas antedichas, presentan caracteres que los hacen pasibles de ser considerados dentro de esta especial categoría de derechos de incidencia colectiva, más allá del tratamiento recibido en su momento, a la vez que han ido configurando detalles que, a la postre, sirvieron de fundamento para la construcción pretoriana que, en este punto, se indaga. Es importante, además, repasar algunos de estos decisorios ya que el conocimiento aportado por el máximo tribunal respecto a esta novel tipología, permite reinterpretar muchos de los conflictos ventilados procesalmente en ellos desde un enfoque diferente al empleado dentro del contexto en que éstos fueran resueltos.

En definitiva se podrá afirmar que, para el presente desarrollo, el epílogo será “*Halabi*” con todo lo que este fallo trascendental ha importado, el voto minoritario del Dr. Lorenzetti en “*Mujeres por la vida*” constituirá su necesario antecedente, ya que allí aparece considerado, por primera vez en letra judicial, el esquema jurídico que incorpora a los derechos individuales homogéneos como parte de la estructura constitucional, pero, tal como afirma el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el camino que, paulatinamente, han marcado los Tribunales

respecto a los ejes centrales en los que se afincará el final de esta historia, con presentación esquemática incluida (Lorenzetti, 2010), se verá representado por los antecedentes jurisprudenciales que constituyeron el embrión indispensable para dar fundamento al alumbramiento de esta nueva categoría jurídica. Explorar algunos de estos antecedentes será la tarea que, desde aquí, se intentará desandar en los próximos renglones del apartado.

El recorrido jurisprudencial propuesto obliga a realizar un estudio más detenido de ciertos fallos que fueron marcando el contenido de los pilares que han cimentado a la categoría jurídica bajo análisis, finalmente perfeccionada en “*Halabi*”. Estos ejes, que han significado, a la postre, los aspectos que particularizan a los derechos individuales homogéneos, se podrían resumir en tres caracteres fundamentales, a saber: a) el tipo de relaciones jurídicas o áreas materiales en donde los diferentes Tribunales nacionales han reconocido la existencia de prerrogativas de incidencia colectiva aun cuando los bienes afectados fueran individuales y enteramente divisibles; b) las circunstancias fácticas y normativas que han operado como factores de homogeneización y que, por ende, han sido consideradas al momento de habilitar la representación pluriindividual de derechos de este tipo; c) las circunstancias en que los jueces han considerado necesario el garantizar el acceso a la justicia mediante procesos que admitieran el tipo de legitimación extraordinaria que dicta el plexo constitucional en el art. 43 2^{do} párr.

En cuanto al primero de los *cimientos* bajo estudio, resulta imprescindible destacar que, sin lugar a dudas, el mayor protagonismo en cuanto a la casuística surgida se lo lleva el área de derechos de usuarios y consumidores, órbita dentro de la cual se han manifestado, en general, los casos más relevantes en materia de intereses individuales homogéneos. De tal forma, en “*AGUEERA*”²³ el máximo Tribunal reconoció un derecho de incidencia colectiva atinente a grandes usuarios de energía eléctrica de la Provincia de Buenos Aires, en su calidad de tales y nucleados bajo una asociación creada a fin de proteger sus intereses, ante la afectación provocada por una normativa de carácter tributario que lesionaba individualmente a cada uno de estos usuarios de manera idéntica, ocasionando la procedencia tutelar por parte de la Asociación predicha ya que ello resultaba coherente con los fines para los que ésta había sido constituida, exigencia

²³ C.S.J.N., “*Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa*”, *Id Infojus*: FA97000121, (22/04/1997).

ineludible respecto de la legitimación dispuesta por el plexo constitucional. En esta trascendente doctrina, el cimero tribunal comprendió que los derechos afectados de estos grandes usuarios se hallaban contenidos por el art.42²⁴ de la Carta Magna y que, por ende, la asociación que los nucleaba se encontraba legitimada en los términos del art.43 2^{do} párr. para accionar colectivamente en defensa de los intereses de sus asociados. Cabe aclarar que la Corte no realizó aquí un análisis sobre la divisibilidad o indivisibilidad de los bienes jurídicos en juego, sino simplemente de la caracterización constitucional de los derechos de usuarios y consumidores, así como del remedio procesal aplicable al caso.

Otro caso paradigmático en la materia sería el resuelto por la Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial en el año 2000 ya que, como señala Lorenzetti (2010), aportaría una adecuada calificación en cuanto a los supuestos de derechos individuales homogéneos, diferenciados de derechos colectivos propiamente dichos, en la órbita de prerrogativas reconocidas a usuarios de servicios públicos. Para llegar a tal calificación el tribunal, en el caso “*Edesur*”²⁵, se valió de los argumentos consagrados en la fórmula normativa prevista por la Constitución de la Ciudad autónoma de Buenos Aires en su art.137²⁶, considerando que ésta no resultaba

²⁴ **“Artículo 42.-** Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.” *Const. Nac. Arg.*

²⁵ *Cam. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com., Sala 1, C.A.B.A., “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR SA s/ responsabilidad por daños”, Id Infojus: FA00030001, (16/03/2000).*

²⁶ **“ARTÍCULO 137.-** La Defensoría del Pueblo es un órgano unipersonal e independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Es su misión la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos. Tiene iniciativa legislativa y legitimación procesal. Puede requerir de las autoridades públicas en todos sus niveles la información necesaria para el mejor ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna. Está a cargo de un Defensor o Defensora del Pueblo que es asistido por adjuntos cuyo número, áreas y funciones específicas y forma de designación son establecidas por la ley. Es designado por la Legislatura por el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, en sesión especial y pública convocada al efecto. Debe reunir las condiciones establecidas para ser legislador y goza de iguales inmunidades y prerrogativas. Le alcanzan las inhabilidades e incompatibilidades de los jueces. Su mandato es de cinco años; puede ser designado en forma consecutiva por una sola vez, mediante el procedimiento señalado en el párrafo quinto. Sólo puede ser removido por juicio político. El Defensor del Pueblo vela por la defensa y protección de los derechos y

contradictoria con lo dispuesto al respecto por la Carta Magna Nacional que, bajo la interpretación imperante por ese entonces, excluía a los *derechos subjetivos, individuales o exclusivos de los ciudadanos o usuarios* de toda proyección colectiva sólo reservada para *intereses generales o públicos de la sociedad*²⁷, sino que el citado dispositivo constitucional porteño, aplicable al caso ya que se estaba ventilando la legitimación de la Defensoría de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para representar los intereses de los afectados por un apagón producido por la prestadora de energía eléctrica local Edesur S.A., se venía a configurar como ampliatorio de la regla prevista en la Constitución Nacional, toda vez que “...permitía la legitimación sustancial de la Defensoría para accionar por la reparación de daños a derechos subjetivos individuales homogéneos...” (Lorenzetti, 2010, pp.45). Lo que vale la pena resaltar de este decisorio, por lo menos en lo tocante al interés de esta investigación, es que la Cámara, más allá del instrumento jurídico del que se vale, reconoce un tipo de intereses, cuya trascendencia excede al plano individual, pasibles de ser representados colectivamente bajo determinados supuestos de afectación y en ello, precisamente, es que radica su mayor valor como antecedente.

Otra área temática en la cual es posible advertir decisiones jurisdiccionales que vinieron a constatar la presencia de derechos de incidencia colectiva aunque se tratara de una pluralidad de derechos subjetivos afectados de manera idéntica se produce en torno al derecho a la salud como marco general de tratamiento. En esta órbita, se encuentran algunas sentencias que resultan dignas de estudiar, ya que la claridad expositiva de los Jueces no deja lugar a dudas sobre cuáles eran los objetivos perseguidos por el fuero tribunalicio en tales decisorios. Vale aclarar, además, que dentro de este ámbito, así como en otras áreas que se expondrán a lo largo del trabajo, se encuentran las bases jurisprudenciales que dan sustento a la hipótesis propuesta, que radica en considerar a una categoría más amplia de derechos de incidencia colectiva no basada en un agrupamiento de intereses individuales ante ciertas circunstancias que los afectan de manera homogénea, sino en la existencia de ciertos derechos que, por su propia naturaleza, deben considerarse como bidimensionales, siendo la lesión en el caso

garantías de los habitantes frente a hechos, actos u omisiones de las fuerzas que ejerzan funciones de policía de seguridad local.” Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 01/10/1996).

²⁷ *Cam. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com., Sala I, Id Infojus: FA00030001, (16/03/2000), Consid.15*

concreto la que defina si la materialidad de la afectación se proyecta sólo a su dimensión individual o propaga sus efectos hacia su dimensión colectiva, justificando su resolución en un proceso especial a tal efecto. El derecho a la salud, tal como se halla reconocido por el ordenamiento, constituye un buen ejemplo de la tipología sostenida por este trabajo, y los Fallos reseñados a continuación muy buenos argumentos para sostenerla.

En “*Viceconte*”²⁸ la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo tuvo que resolver sobre la pretensión de una pluralidad relevante de individuos (la totalidad de la población afectada por la *Fiebre Hemorrágica Argentina*²⁹) a recibir, por parte del Estado, el adecuado tratamiento ante una enfermedad a través de la provisión efectiva de una vacuna (*Candid 1*), cuestión que se veía obstaculizada por la falta de producción de la misma en el Instituto de Enfermedades Virales Humanas “Doctor Julio Maiztegui”, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, además de la ausencia de campañas informativas que permitieran anotar a la población sobre la antedicha enfermedad y su tratamiento. El tribunal hizo lugar a la demanda basado en

...Que la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución Nacional no sólo es una declaración de voluntad del Estado que así reconoce la existencia de los derechos individuales, sino que también es un compromiso por el cual el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones allí previstas...

Completando tales argumentos al afirmar que

*...Los llamados "derechos sociales" establecidos en el art. 14 bis de nuestra Carta Magna y señalados en las declaraciones y pactos supra referidos tienen un carácter muy diferente al de las libertades tradicionales. Estos "derechos sociales" --entre los que indudablemente se encuentra el derecho a la salud-- no constituyen ya para los individuos un derecho de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado --cuando éste hubiera organizado el servicio--*³⁰

De ello se puede colegir que el tribunal, más allá de la caracterización específica ensayada en el caso, abrió la puerta al reconocimiento de un conjunto de intereses individuales afectados, de manera homogénea, por una omisión del Estado o, conforme

²⁸ *Cám. Nac. de Apel en lo Cont. Admin. Fed., Sala IV, C.A.B.A., “Viceconte, Mariela C. c/ E.N. -Mº de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA98100361, (02/06/1998).*

²⁹ *Fuente: Ministerio de Salud de la Nación, Presidencia de la Nación. URL: [Http:// http://www.msal.gov.ar](http://www.msal.gov.ar)*

³⁰ *Cám. Nac. de Apel en lo Cont. Admin. Fed., Sala IV, Id Infojus: FA98100361, (02/06/1998), Consid. VIII*

al enfoque pretendido por esta hipótesis de trabajo, la existencia de una dimensión colectiva, además de la reconocida individualmente a cada uno de los afectados, ínsita en el derecho a la salud, cuyo contenido no es otro que el deber exigible al Estado en la programación, organización y prestación de la salud como objetivo de las políticas públicas y de cumplimiento en la garantía indelegable de asegurar el bienestar a toda la ciudadanía. La omisión lesiva por parte del Estado en su deber prestacional materializa la proyección del daño hacia esa dimensión social, que excede a la afectación que recae sobre cada individuo, y obliga a exigir medidas que permitan, como en el caso planteado, reparar con carácter general esas inconductas. Configura el núcleo de comprensión la imprescindible incidencia colectiva que revisten cuestiones como las ventiladas en “*Viceconte*”, a la vez de una buena referencia en el hilo evolutivo que aquí se viene planteando.

En un sentido similar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación proveería un Fallo, en el año 2000, que constituye un eje paradigmático en la materia. En “*Asociación Benghalensis*”³¹ el Supremo tribunal dio un paso más en materia de categorizar el derecho a la salud, al reconocer “...*el derecho individual homogéneo de un sector de la población (los infectados de HIV) respecto de un derecho colectivo (la salud)*...” (Lorenzetti, 2010, pp.47). Ello se ve reflejado con total claridad en el voto del Dr. Vázquez, quien al plantear su posición considerando la proyección pluriindividual antedicha de las prerrogativas en juego, afirmaba que

*...surge con nitidez entonces, que una de las situaciones que el constituyente consideró, es aquella en que la afectación de los derechos comprometidos -por su naturaleza-, trae aparejadas consecuencias que repercuten en todos los que se encuentran en una misma categoría. Resulta menester puntualizar, que los agravios a los que hace referencia el art. 43 de la Constitución Nacional tienen un efecto expansivo, de ahí que baste con que se conculquen o desconozcan ciertos derechos de uno solo de los del grupo para que ello incida categóricamente en el resto. Lo manifestado, no implica negar capacidad procesal a cada uno de los enfermos, sino posibilitar -en atención a la peculiar naturaleza de los derechos afectados-, a una o varias asociaciones el ejercicio monopólico de la acción...*³²

Cabe agregar, en línea con el aporte que se pretende hacer desde el presente trabajo, que esta repercusión amplificada que detentan prerrogativas como el derecho a la salud,

³¹ C.S.J.N., “*Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*”, *Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000)*.

³² C.S.J.N., *Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000)*, Juez Vázquez, por su voto, *Consid.9*

dentro de un esquema omnicompreensivo de los derechos humanos asumidos desde sus dos dimensiones y englobados en la fórmula “...derechos de incidencia colectiva en general...”³³ de la Carta Magna, se vislumbra claramente en el caso precitado y consagra el principio de que esta dimensión colectiva no borra ni suprime la esfera individual de reconocimiento de estos derechos (Maurino, Nino y Sigal, 2005) sino que, de manera necesaria por la propia naturaleza de las prerrogativas en juego, pone de manifiesto la existencia de una perspectiva bidimensional asequible a fin de obtener una mayor eficiencia en materia de justicia y equidad, además de dotar de mayor operatividad real a la política de Estado más importante de todas, el programa constitucional.

También se hallarán en materia de derecho a la no discriminación, decisiones que han sentado bases útiles en la construcción bajo repaso. Basta recordar algunas consideraciones en torno a un *Leading Case* en la materia, como fuera “*Labatón*”³⁴, en el cual se destaca, como rasgo peculiar, que en virtud de una acción de amparo promovida por una Abogada, la Doctora Ester Labatón, quien sufría una discapacidad motriz que la obligaba a desplazarse en silla de ruedas y se hallaba, ante el incumplimiento por parte del Estado Nacional en la construcción de los accesos especiales previstos por los arts. 20 y 21 de la Ley N° 22.431³⁵ a fin de garantizar el acceso igualitario de personas con capacidades diferentes a los edificios públicos, impedida de ejercer en igualdad de condiciones respecto de sus colegas su profesión, se produjera una decisión cuyos efectos proyectarían consecuencias beneficiosas para todas las personas que se encontraran en condiciones idénticas a la amparista. Los argumentos que justificarían tanto la pretensión como las particularidades en torno a la sentencia, se centrarían en la violación al art. 4³⁶ del convenio suscripto por la

³³ Art.43 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

³⁴ Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala V, C.A.B.A., “*Labatón, Ester c/Poder Judicial de la Nación*”, (25/09/1996), L.L. Supl. De Derecho Administrativo, (27/11/1998).

³⁵ Artículos 20 y 21, Ley N° 22.431, “*Sistema de Protección Integral de los Discapacitados*”, (16/03/1981), Modif. Por Ley N° 24.314, “*Accesibilidad de personas con movilidad reducida. Modificación de la ley N° 22.431*”, (08/04/1994).

³⁶ “ARTICULO 4. Dicha política se basará en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores inválidos y los trabajadores en general. Deberá respetarse la igualdad de oportunidades y de trato para trabajadoras inválidas y trabajadores inválidos. Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán

República Argentina en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), además del trato discriminatorio subyacente aducido por la Actora y fundado en la Ley Nacional³⁷ al respecto que, claramente, se podría esquematizar como un supuesto de afectación homogénea a prerrogativas individuales que, a tenor de la posición idéntica que ocupan dentro de un grupo o comunidad determinada; *Vgr.:* profesionales del Derecho discapacitados; ello requiere, entonces, una decisión que permita proyectar sus efectos colectivamente, garantizando la recomposición de todas las personas afectadas en lo atinente a las cuestiones comunes; *Vgr.:* en el caso de marras, el condenar al Estado “...a ejecutar las obras necesarias para permitir la remoción de las barreras arquitectónicas en los edificios referidos...” (Lorenzetti, 2010, pp.44).

Otro caso en el cual se ventilaron cuestiones relativas a la discriminación de cierto grupo o comunidad es “*Verbrughe*”³⁸, en el que una usuaria de transporte ferroviario con una dificultad motriz que la obligaba a desplazarse en silla de ruedas exigiría, tanto a la empresa Trenes de Buenos Aires S.A. (TBA) como al Estado Nacional en virtud de sus funciones de contralor y fiscalizador, a que se reabrieran los accesos para personas discapacitadas que habían sido bloqueados por decisión de la empresa en todas las estaciones de ferrocarril de la línea Mitre. Es por demás interesante vislumbrar como, en este decisorio, la Cámara hace hincapié en dos factores que resultan relevantes. El primero es la calidad de “afectada” de la usuaria, lo cual la posiciona dentro de los extremos previstos por el art. 43 de la Constitución Nacional en cuanto a la legitimación sustancial y procesal en la materia. El segundo de los factores analizados se centrará en algo que se podría rotular como las dos *igualdades* arrojadas por los términos conclusivos del caso; esto significa que el Tribunal, en su inteligencia, resuelve dos situaciones inescindibles, la primera relacionada con la *igualdad* de acceso para todas las personas discapacitadas respecto del resto de los usuarios del servicio ferroviario, en este caso; la segunda *igualdad*, en cambio, girará en torno a aspectos más intrínsecos, tal y como es la situación homogénea, ante la afectación, que poseen todos los usuarios

considerarse discriminatorias respecto de estos últimos.” Convenio N° 159, O.I.T. “CONVENIO SOBRE LA READAPTACION PROFESIONAL Y EL EMPLEO DE PERSONAS INVALIDAS”, Ley N° 23.462, (01/12/1986).

³⁷ Ley N° 23.592, “Actos Discriminatorios”, (23/08/1988).

³⁸ *Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala 01, C.A.B.A., “Verbrughe María Inés -Inc.Med. c/ E.N. -M° de Economía- Sec. De Transportes y otro s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA03100096, (26/08/2003).*

especialmente comprendidos por el caso (los usuarios discapacitados), lo que amerita, como se ve en el decisorio de la Cámara, una resolución que persiga la reparación de los aspectos comunes de afectación, Vgr.: las obras necesarias para reponer los accesos en las estaciones.

Por supuesto que el recorrido transcripto en los renglones previos es sólo un recorte de casos y especies de relaciones jurídicas bajo las cuales se han hallado aspectos de asimilación con aquello que, en definitiva, sería doctrina jurisprudencial en materia de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos más adelante. No serían muchos los casos de este tipo admitidos por los Tribunales durante estos años, en conexión a una férrea actitud restrictiva respecto a las prerrogativas con implicancia colectiva, pero los que lograron pasar tal filtro fueron dejando testimonio de una tendencia irrefrenable, por parte del fuero judicial, a

...reconocer la existencia de derechos de incidencia colectiva en general cuando se encuentra presente una relación jurídica o causa generadora básica y común que se proyecta hacia un conjunto de personas, de manera tal que éstas se encuentran en situaciones homogéneas o uniformes respecto de un derecho determinado... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.186)

Respecto a las relaciones jurídicas contempladas en la presente evolución ya se ha hablado aquí bastante, por eso es que corresponde ahora avanzar un poco en lo atinente a la causa como factor de homogeneización de prerrogativas subjetivas.

En cuanto a este pilar constructivo, el rasgo significativo a tener en cuenta es que, más allá de cual fuera el acontecimiento, omisión, acto o restricción acometida que afectara a un conjunto determinado de personas, el mismo debe proyectar su incidencia homogénea sobre todos y cada uno de los derechos conculcados. Como bien apuntan Maurino, Nino y Sigal (2005) es la homogeneidad el cartabón insalvable que los tribunales han puesto de manifiesto a la hora de otorgar legitimación colectiva, o adoptar medidas condenatorias que obligaran a propagar los efectos de las sentencias al colectivo afectado (Vgr.: lo visto en “*Labatón*” o “*Verbrughe*”), ante la conjunción de una serie de pretensiones subjetivas afectadas. Así se ha podido observar cómo en diferentes decisorios, algunos de los cuales han sido repasados, los Jueces han ponderado la situación homogénea como punto insoslayable.

Se observa, por ejemplo, la homogeneidad de los intereses afectados de los usuarios de un servicio público ante el daño provocado por el prestador de los mismos *in re*

“Edesur”³⁹ en virtud del tipo de relación jurídica que los unía y la masividad del daño. También se ha de considerar la calidad homogénea de grandes usuarios de energía percibida en “AGUEERA”⁴⁰, en donde el elemento cualitativo los coloca en situación idéntica ante la afectación. En autos “Viceconte”⁴¹ y “Asociación Benghalensis”⁴² el factor de homogeneización estará dado por la omisión del Estado en la concreción de políticas públicas que acarrea, necesariamente, la ausencia de garantía de prerrogativas básicas para un grupo relevante y determinable de personas.

En cuanto a los casos que entrañan circunstancias de discriminación, tales como los vistos en el presente acápite (“Labatón”; “Verbrughe”), el acto lesivo (Vgr.: la falta de adecuación arquitectónica de ciertos edificios públicos para propiciar el acceso de personas discapacitadas, o la supresión de las rampas de acceso en las estaciones ferroviarias) se proyecta de manera idéntica sobre todo el grupo o comunidad afectado (Vgr.: Abogados discapacitados, o usuarios del ferrocarril Mitre discapacitados), oficiando como factor de homogeneización ante las prerrogativas conculcadas.

Confirmando estos criterios de evaluación que han sostenido los tribunales nacionales a la hora de ponderar la incidencia homogénea de los factores de afectación en el caso concreto, tanto en “Frías Molina”⁴³ como en “Defensor del Pueblo”⁴⁴ la Corte suprema de Justicia de la Nación rechazó la existencia de prerrogativas pluriindividuales afectadas como derechos de incidencia colectiva atento a la diversidad existente en los intereses pretensivos de cada uno de los individuos alcanzados por la circunstancia lesiva, en el primer caso, o en la negación de una proyección colectiva a partir de una comunidad homogénea de intereses, en el segundo.

En “Frías Molina”, el cimero tribunal fundará su decisión en que “...resulta improcedente la asimilación pretendida respecto a derechos de incidencia colectiva en

³⁹ Cam. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com., Sala I, Id Infojus: FA00030001, (16/03/2000).

⁴⁰ C.S.J.N., Id Infojus: FA97000121, (22/04/1997).

⁴¹ Cám. Nac. de Apel en lo Cont. Admin. Fed., Sala IV, Id Infojus: FA98100361, (02/06/1998).

⁴² C.S.J.N., Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000).

⁴³ C.S.J.N., “Frías Molina, Nélica Nieves c/ INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad”, Id Infojus: FA96000390, (12/09/1996).

⁴⁴ C.S.J.N., “Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. –dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 330:2800, (26/06/2007).

general, habida cuenta de las particularidades de cada una de las pretensiones formuladas por los beneficiarios... ”⁴⁵, es bueno traer a colación aquí que, en este caso, se debatía la legitimación del Defensor del Pueblo Nacional para representar el interés de los Jubilados que se hallaban en litigio de actualización de haberes contra el Estado Nacional a fin de procurar el pronto despacho de esos procesos, basado en la legitimación procesal que otorga el Art. 43 2^{do} párr. del plexo constitucional a tal efecto, considerando que se configuraba allí un supuesto de derechos de incidencia colectiva en general. La Corte, como se observa, respondería de manera lapidaria al considerar la falta de incidencia homogénea en el interés perseguido por cada uno de los jubilados “...respecto de que dichos trámites sean resueltos con deliberada celeridad...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.176).

En el segundo de los casos, en cambio, la Corte aceptará una potencial comunidad de intereses ante un “problema común”, pero negará taxativamente cualquier posibilidad de proyección colectiva de éstos, manteniendo a rajatabla la tesis restrictiva respecto al contenido de los derechos de incidencia colectiva. Así, dirá la Corte que

...En el caso de autos lo que uniría a los sujetos es un “problema común” y no la afectación a un derecho de incidencia colectiva el que, conforme a lo establecido ut supra, no resulta de una multiplicidad de derechos subjetivos lesionados, sino de la incidencia del agravio en lo colectivo. Se está en presencia de un interés sectorial, que no es más que la sumatoria de los derechos individuales de ese grupo de personas (depositantes bancarios), calificado por la concurrencia de intereses similares a todos ellos (conf. Judith Resnik, From Cases to Litigation, 54 L. Contemp. Probs. 5, Summer 1991), el que, por otra parte, se contrapone al interés de otros sectores de la sociedad...⁴⁶

Es cierto que se puede colegir, como bien interpreta Lorenzetti (2010), que este último Fallo atentó contra las chances de una tesis amplia que permita considerar que ciertas circunstancias fácticas y normativas, operando como factores de homogeneización de intereses, habiliten la posibilidad de representación pluriindividual de los grupos afectados a través de procesos colectivos, basando esa representación, claro está, en la incidencia colectiva que subyace en la comunidad de intereses lesionados, pero también es certero pensar que si se tomaran los términos consagrados en el considerando precitado, y se realizara un ejercicio interpretativo coherente con la línea argumental que aquí se analiza y que fuera, luego, doctrina en “Halabi”, será

⁴⁵ C.S.J.N., Id Infojus: FA96000390, (12/09/1996), Consid. 5

⁴⁶ C.S.J.N., Fallos: 330:2800, (26/06/2007), Consid. 13

posible hallar que, en realidad, en este decisorio también aparecen bien delimitados los ejes de identificación respecto a qué circunstancias son idóneas para ser consideradas como factores de homogeneización de prerrogativas individuales. Si se toman los argumentos de “*Defensor del Pueblo*” en su literalidad, se descubrirá que, en el mismo, se habla de *una multiplicidad de derechos subjetivos lesionados* unidos por un *problema común* que los acumula, calificando a esos intereses como *similares*. Es decir que aquel acontecimiento que produzca efectos lesivos en los términos precitados, podría ser ponderado por su proyección homogénea. Está claro que el factor restrictivo en este caso es el contenido patrimonial de los intereses en juego, poniendo de manifiesto, como expresa Lorenzetti (2010), una estoica inclinación hacia la concepción clásica del derecho subjetivo, cuyo elemento teleológico, es decir, el interés, sólo se corresponde con el titular exclusivo de la prerrogativa jurídica, con el individuo, sin posibilidad de colectivizar tal potestad.

Yendo al tercer eje, o cimiento, de evolución de los derechos individuales homogéneos, tal y como es la cuestión relativa a garantizar el efectivo acceso a la justicia para casos en los que el ejercicio individual no se ve plenamente justificado, basta traer a la presente investigación las palabras del eminente Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Enrique Santiago Petracchi *in re “Fernández”*⁴⁷ quien, en su voto en disidencia, expresaría que

*...es menester destacar que la tutela expedita de los derechos del usuario de los servicios públicos que consagra el art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 sería letra muerta si, en el caso, se interpretase esa cláusula en el sentido de que ella se reduce a garantizar a cada usuario el derecho de demandar individualmente el cobro de unos pocos pesos o centavos, pese a tener idénticos intereses y una misma causa para accionar que los demás. Toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de ellos podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva, una interpretación tal equivaldría lisa y llanamente a negar la efectividad de la tutela constitucional frente al acto manifiestamente lesivo, que significa una recaudación excedente de varios millones de pesos por año...*⁴⁸

Tal como lo califican Maurino, Nino y Sigal (2005), la claridad argumental y calidad ilustrativa de lo antedicho relevan de cualquier duda que se pueda tener acerca de los extremos de admisibilidad en este punto, resultando suficiente el recorrer los

⁴⁷ C.S.J.N., “*Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo - ley 16.986*”, F.496.XXXIII.; T. 322 P. 3008, (07/12/1999).

⁴⁸ C.S.J.N., F.496.XXXIII.; T. 322 P. 3008, (07/12/1999), Juez Petracchi por su voto, *Consid. 14*.

conceptos vertidos por el jurista precitado para entender, así, los verdaderos fundamentos que ha ido hallando el fuero Judicial a la hora de amplificar la tutela jurisdiccional efectiva a casos en los cuales la demanda individual no se vería justificada, tanto en la relación de costos y beneficios, como en la evidente desigualdad de las partes en el proceso.

A lo largo del camino hacia el epílogo jurisprudencial trazado en el presente acápite, han existido ejemplos de la relación existente entre las categorías jurídicas repasadas y el acceso a la justicia como pilar insoslayable en un Estado de Derecho, pero quizás la mayor prueba de esa asociación no se encuentre en la construcción pretoriana, sino en la propia letra constitucional, ya que la misma

...se expresa con toda nitidez en la solución de otorgar legitimación procesal a actores diferentes, como son las asociaciones o defensores del pueblo, quienes han sido habilitados para representar a los afectados, facilitando el acceso a la justicia de muchas personas que, por diversidad de causas nunca accederían a promover un proceso judicial. Frente a situaciones dudosas, donde no esté claro si debieran ser consideradas como derechos de incidencia colectiva, o al menos como habilitando la protección colectiva, este elemento que informa el reconocimiento constitucional debería jugar un rol interpretativo relevante... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.190).

En definitiva, si bien estos pilares interpretativos repasados no permiten advertir, como apuntan Maurino et. al. (2005), una exposición lineal y sistemática en la construcción de los derechos individuales homogéneos como categoría jurídica, si dejan entrever la preocupación de los tribunales Argentinos por delimitar los *personajes absolutamente misteriosos* (Bujosa Vadell, 1997) incorporados por la reforma constitucional de 1994, siendo estos ejes diferentes enfoques, o tópicos, en la tarea de definirlos y clasificarlos.

En procura de no abandonar el camino interpretativo emprendido a partir de la incorporación de los derechos de incidencia colectiva al ordenamiento jurídico, es que la propuesta sostenida por el presente trabajo pretende adentrarse en una nueva inteligencia de los argumentos que se desprenden de la construcción jurisprudencial que ha venido produciéndose en todos estos años, y que ha alcanzado su cúspide con los ejes sentados en “*Halabi*”, a fin de proporcionar un enfoque más amplio que el ya repasado, incluido, como se verá, lo propuesto por la Corte en materia de derechos individuales homogéneos, ya que en el profuso *Iter Solutorio* que los tribunales nacionales han ido

sentando se hallan sobrados precedentes de lo que aquí se denominan, conforme la hipótesis de trabajo, como derechos bidimensionales.

En tal sentido, es necesario citar algunos ejemplos de precedentes judiciales que constituyen claras muestras de prerrogativas cuya doble dimensión jurídica ha sido puesta de manifiesto, en un intento por cotejar los argumentos que sustentan tal hipótesis con la construcción pretoriana que se acaba de recorrer, sobre todo en lo tocante a sus pilares básicos. Será menester reinterpretar aquellos casos en donde se pasará de considerar la afectación de una pluralidad de derechos subjetivos en condiciones idénticas, a percibir que, en realidad, lo que se afecta en esos supuestos es una prerrogativa que, por su propia naturaleza, encierra una doble dimensión y que, de acuerdo al tipo de lesión que se produzca, proyectará sus efectos en una, en otra, o en ambas esferas. La verdadera intención subyacente en esta suerte de comparación radica en la posibilidad de lograr aportar una visión superadora de las limitaciones que los derechos individuales homogéneos han encontrado en la letra jurisdiccional a través del camino evolutivo hasta llegar a "*Halabi*", e incluso después, y que se observa en la disparidad de criterios expresados por los distintos tribunales ante casos semejantes; *Vgr.*: la situación ponderada en "*Asociación Benghalensis*", semejante en lo que aquí interesa a los extremos vistos en "*Frías Molina*", pero resueltos de manera disímil en cuanto a su ubicación dentro de la categoría de derechos de incidencia colectiva por la Corte (Maurino, Nino y Sigal, 2005). En casos como los predichos, se percibe con claridad que la diferencia conceptual que los tribunales han tenido en cuenta responde más a una cuestión de falta, o no, de garantías o incentivos como para ejercer la defensa individual ante la lesión, que a un tema de condiciones estructurales del derecho conculcado (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Ello deja en evidencia la necesidad de hallar un elemento de juicio más convincente y estable, a fin de evitar cierto escándalo en el exceso de discrecionalidad que puede advertirse dentro de los antecedentes jurisdiccionales, sobre todo si se tiene en cuenta que el aspecto dominante como criterio de admisibilidad de supuestos de acciones colectivas queda supeditado sólo a cuestiones de mérito procedimental.

La propuesta que aquí se sostiene, entonces, viene a tratar de demostrar que las condiciones estructurales a ponderar en el caso concreto se encuentran dentro de la propia naturaleza de las prerrogativas, y no condicionada por factores extrínsecos tales

como los incentivos para la efectiva defensa individual o colectiva de un derecho, o cierto tipo de relación jurídica determinada. Si, en cambio, resultará un factor determinante en la cuestión, y así lo han expresado los tribunales nacionales, el tipo de lesión producida ya que sus efectos pueden propagar su impacto tanto en la dimensión individual como colectiva de la misma prerrogativa jurídica. Basta repasar lo manifestado por el Juez Bossert en “*Mignone*”, cuando afirma que

...el derecho al sufragio tiene en el sistema democrático un carácter colectivo que se extiende más allá de la protección del derecho individual y del relativamente restringido grupo de los peticionantes representados por la actora, pues todo el andamiaje institucional de la sociedad política se encuentra asentado en el efectivo ejercicio de ese derecho. En efecto, el art. 37 de la Constitución Nacional dispone que "esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio". Dicha norma pone en evidencia que el ejercicio del derecho del voto está estrechamente relacionado con el mencionado principio de la soberanía popular que no refleja solamente el mero acto electoral individual sino también la conformación de la estructura gubernamental y del sistema de derechos de acuerdo con este principio y con la forma republicana de gobierno (arts. 1º y 33 de la Constitución Nacional)...⁴⁹

Este derecho bidimensional al sufragio, conforme al considerando precitado, se verá lesionado en ambas esferas toda vez que se restrinja injustificadamente el ejercicio individual, o de un grupo determinado, del derecho al voto como prerrogativa política reconocida constitucionalmente, pero además, el efecto lesivo se proyectará hacia la faz colectiva toda vez que esa restricción importe una limitación al principio de soberanía popular. Ello se corrobora en supuestos como los del caso de marras, en los cuales la afectación es provocada por un franco incumplimiento de la garantía consagrada constitucionalmente, lo que produce la necesidad de propagar los efectos reparatorios del daño colectivamente, ya sea mediante una sentencia que garantice sus efectos *erga omnes* ante el reclamo individual, ya sea mediante un proceso especial que contenga a la comunidad de afectados.

El mismo criterio estructural se advierte en “*Asociación Benghalensis*” en donde el derecho bidimensional a la salud debe ser interpretado conforme la mejor inteligencia constitucional, junto a la incorporación a ésta, mediante lo establecido por el art. 75 inc.22, de los tratados internacionales, como el derecho que asiste a toda persona a

⁴⁹ C.S.J.N., “*Mignone, Emilio Fermín s/ amparo*”, *Id Infojus: FA02000004*, (09/04/2002), Juez Bossert por su voto, *Consid.* 16.

“...que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad de la inherente órbita colectiva...”⁵⁰, dejando más que claro que existe una dimensión colectiva que se adiciona al derecho subjetivo a la salud tradicionalmente considerado constitucionalmente, completándolo y amplificando el radio de cobertura ante la afectación en el caso concreto.

Las mismas particularidades se podrán notar en otros Fallos que se han plasmado a través del tiempo. En “*Ekmekdjian*”⁵¹ por ejemplo, se halla lo que significó un verdadero *Leading Case* en materia de jerarquización constitucional de tratados internacionales desde los estándares interpretativos de la Corte Suprema, sobre todo si se toma en cuenta que este decisorio se produjo dos años antes a que se llevara a cabo la reforma constitucional. En él se reconoció la existencia, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, del *derecho a la rectificación o respuesta*, también llamado *derecho a réplica* que, de acuerdo a la inteligencia del supremo tribunal nacional, “...tiene por finalidad la aclaración, gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que los difundieron...”⁵², pero que, además, comprende el efecto reparador que alcanza “...al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio...”⁵³ a través de las esferas de cobertura ínsitas en el propio derecho de respuesta.

Pero quizás sirva como para arrojar mayores luces en torno al tema lo expresado, en opinión separada dentro de la Opinión Consultiva OC 7/86⁵⁴, por el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Héctor Gross Espiell, quien dirá que

⁵⁰ C.S.J.N., “*Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*”, Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000), Juez Vázquez por su voto, Consid. 7

⁵¹ C.S.J.N., “*Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho*”, Id Infojus: FA92000322, (07/07/1992).

⁵² C.S.J.N., Id Infojus: FA92000322, (07/07/1992), Consid. 23.

⁵³ C.S.J.N., Id Infojus: FA92000322, (07/07/1992), Consid. 25.

⁵⁴ Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (ARTS. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC -7/86 del 29 de Agosto de 1986, Serie A N° 07.

...En su dimensión individual, el derecho de rectificación o respuesta garantiza al afectado por una información inexacta o agravante la posibilidad de expresar sus puntos de vista y su pensamiento respecto de esa información emitida en su perjuicio. En su dimensión social, la rectificación o respuesta permite a cada uno de los integrantes de la comunidad recibir una nueva información que contradiga o discrepe con otra anterior, inexacta o agravante...⁵⁵.

Estableciendo que este derecho se compone, por su propia naturaleza, de la bidimensionalidad precitada, obligando a que los efectos reparadores de una esfera importen, a su vez, la proyección solutoria sobre la otra.

Otro de los precedentes judiciales en el que es posible encontrar un supuesto de derechos bidimensionales es en “*Monges*”⁵⁶, en el cual la Corte aporta una interpretación acerca del derecho de acceso a la enseñanza superior, partiendo de que ésta debe ser entendida como de acceso para “...*todos sobre la base de capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados...*”⁵⁷ tal como establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁸ en su art. 13 y que, en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna posee jerarquía Constitucional. El supremo Tribunal entendió, en el caso de *marras*, que el derecho de acceso a la educación superior se compone de esa prerrogativa individual sólo limitada por la capacidad de cada persona para acceder a ella, pero también por el derecho de todos a que el Estado arbitre “...*los medios apropiados para garantizar el acceso a la universidad sobre la base de la capacidad de los aspirantes...*”⁵⁹, dejando explícito el carácter bidimensional de esta tipología, factor común en los derechos Económicos, Sociales y Culturales que “...*tienen una dimensión tanto individual como colectiva....*” (Christian Courtis, 2014, pp.657).

Para finalizar este repaso en torno a la evolución jurisprudencial, corresponde cotejar los esquemas que han sido extraídos del *Iter* constructivo producido por los Tribunales; tanto aquél que siembra las bases de los derechos individuales homogéneos

⁵⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC -7/86 del 29 de Agosto de 1986, Serie A N° 07, Opinión separada del Juez Héctor Gross Espiell, Consid. 5.

⁵⁶ C.S.J.N., “*Monges, Analía M. c/ UBA. - resol. 2314/95*”, Id Infojus: FA96000614, (26/12/1996).

⁵⁷ C.S.J.N., Id Infojus: FA96000614, (26/12/1996), Consid. 16.

⁵⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 19 de Diciembre de 1966, ratificado por Ley N° 23.313, (06/05/1986).

⁵⁹ C.S.J.N., Id Infojus: FA96000614, (26/12/1996), Consid. 23.

como de los extremos planteados desde la presente investigación con los denominados derechos bidimensionales, con lo que constituye el final del propuesto camino, tal y como es el Fallo “*Halabi*”.

En el señero decisorio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se valió de un esquema que comprendía, dentro de la categoría de derechos de incidencia colectiva, una tipología signada por su referencia a intereses individuales homogéneos, a fin de clasificar adecuadamente la especial situación que afectaba a un grupo relevante de usuarios de servicio de telecomunicaciones y, entre ellos, a los Abogados que utilizaran ese servicio, ante una Ley nacional, conocida como “*Ley Espía*”⁶⁰, y su consecuente Decreto reglamentario⁶¹, que autorizaba al Estado a intervenir las comunicaciones telefónicas y de Internet sin determinar claramente en *qué casos y bajo qué justificativos* ello podía hacerse, en franca violación del derecho a la privacidad y a la intimidad de los usuarios, garantizado por el plexo constitucional en los arts. 18⁶² y 19⁶³, además de poner en riesgo la confidencialidad que los profesionales del Derecho deben garantizar a sus clientes, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 23.187⁶⁴. Esta cuestión llega al conocimiento de la Corte con motivo del amparo impetrado por uno de los afectados, el Abogado Ernesto Halabi.

⁶⁰ Ley N° 25.873, “*Modifícase la Ley N° 19.798, en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o Ministerio Público*”, (06/02/2004).

⁶¹ Decreto Nacional N° 1563/04, “*Decreto Reglamentario de la Ley de Regulación del Servicio de Telecomunicaciones*”, (09/11/2004).

⁶² “*Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.*” *Const. Nac. Arg.*

⁶³ “*Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*” *Const. Nac. Arg.*

⁶⁴ arts. 6° inc. f; 7°, inc. c y 21, inc. j de la Ley N° 23.187 “*Requisitos para el ejercicio de la profesión de abogado en la Capital Federal, Jerarquía, deberes y derechos, Matrícula. Colegiación.*”, (25/06/1985).

De acuerdo a lo sentado por el voto mayoritario en el caso de marras, las prerrogativas conculcadas por el acto normativo cuestionado se correspondían con la tipología de derechos subjetivos, cuya titularidad exclusiva recaía en cada uno de los afectados por el hecho, ya que no existía allí bien colectivo alguno a tutelar. No obstante, dos elementos destacaban por sobre los demás; primero, la situación de todos los Abogados que, en igualdad de condiciones, accedían al servicio de telecomunicaciones, lo que transformaba a ese conjunto de individuos en una comunidad, o grupo, de intereses idénticos. En segundo lugar, se corroboraba allí la existencia de un hecho único, en el caso una disposición legal, que lesionaba de manera homogénea a todos esos intereses, e inclusive a aquellos que configuran el conjunto más abarcativo, el de los usuarios de servicio de telecomunicaciones en general, provocando la necesidad de que, en un solo acto jurisdiccional, se dé respuesta adecuada a todos ellos. La repercusión colectiva estará dada, además, por la significancia que asume la proyección homogénea antedicha y, aún más, por la trascendencia social que despierta el alcanzar efectiva protección jurisdiccional de los efectos comunes del daño acaecido. La Corte ha traducido esto último en la exigencia de garantizar el acceso a la justicia para todos los afectados, a través de este tipo de acciones colectivas, ante la fuerte desincentivación y dificultad existentes para el ejercicio de la pretensión procesal de manera individual.

El cimero Tribunal ha ido mucho más allá al denunciar la mora del legislador en sancionar una norma que regule a las acciones de clase, tipo de proceso que, según la inteligencia de la sentencia, se condice con los altos principios constitucionales en juego y con esta categoría de derechos. En definitiva, se podrá afirmar sin temor a la equivocación, que en “Halabi” la Corte Suprema hizo mucho más que resolver sólo la *causa petendi* de un amparista.

Volviendo al tema de la caracterización jurídica aportada por el decisorio, es menester marcar algunas discrepancias con el mismo, sobre todo en lo atinente a los dos criterios sobresalientes en torno al *thema decidendum*, tal y como son la homogeneidad y el acceso a la justicia. En cuanto al primero de los elementos, la situación de uniformidad en la que se podrían encontrar una comunidad o grupo determinado ante un mismo factor de afectación no resulta un criterio del todo certero, ya que el mismo se define en torno a una homogeneidad básica que es determinada discrecionalmente por el

Juez (Bianchi, 2009) y no por aspectos objetivos; es bueno recordar lo planteado al contraponer, en este sentido, los conceptos de derecho e interés, y ver lo que allí se afirmaba (Ver Cap. I, Ap. C, pp.30 y ss.).

En cuanto al segundo aspecto, si bien es loable que los tribunales se mantengan alerta respecto de la garantía de acceso a la justicia para todos los ciudadanos, ya que ello constituye uno de los pilares máximos del Estado de Derecho, en el supuesto de marras, se estaría reafirmando la idea de que la conjunción de intereses en un mismo proceso motivado por esos extremos causales, sólo sería coherente con la tipificación de derechos “*accidentalmente colectivos*” (Rosales Cuello, Guiridlian Larosa, 2009) aportada por cierto sector de la doctrina, y no con un elemento estructural de esa categoría de prerrogativas jurídicas, lo cual pone al tema, de nuevo, ante el dilema de la discrecionalidad judicial que dependerá de quién sea el intérprete que se valga del argumento de acceso a la justicia en el caso concreto, negando la posibilidad de “*...aspirar a encontrar criterios que sean públicos y objetivamente reconstruibles a fin de que el debate pueda ser genuino...*” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.173) respecto a cuales serían los incentivos más adecuados para justificar la acción colectiva, o las dificultades idóneas para obstar a la demanda individual.

Es preciso sostener, firmemente, que tanto en “*Halabi*” como en los casos precitados, se halla, en verdad, abundante casuística en torno a derechos bidimensionales, los cuales fueron incorporados a partir de la reforma constitucional de 1994 al ordenamiento jurídico. Básicamente, porque ésta importó el agregar, a través de la categorización de derechos de incidencia colectiva, una dimensión más amplia de cobertura a la ya consagrada tradicionalmente por la Carta Magna alrededor de los derechos individuales. Esta bidimensionalidad, individual y colectiva, se transformó, entonces, en la propia sustancia de los derechos, en su naturaleza estructural, siendo el factor lesivo el elemento determinante para discernir qué esfera de la prerrogativa será la afectada y, por consiguiente, objeto de reparación.

Bajo estos parámetros de apreciación, es posible reinterpretar lo resuelto por la Corte suprema en 2009 y plantear que, en el caso de marras, existió un acto jurídico normativo que impactó lesivamente sobre prerrogativas reconocidas por nuestro plexo constitucional, tal y como son el derecho a la privacidad y a la intimidad. Ese hecho único, desde la óptica bidimensional, se proyectó sobre las dos órbitas que componen a

éstos provocando la necesidad de adecuar la ponderación jurisdiccional a ello. En su esfera individual, tal afectación se corrobora sobre la protección que el Derecho dispensa a “...*la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando su libre desenvolvimiento en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos...*” (Buteler Cáceres, 2000, pp.61), quedando, por ende, todas las acciones que se sustancien dentro de ese marco “...*sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...*”⁶⁵. En cuanto a la afectación proyectada sobre la dimensión colectiva de estos derechos, ello queda representado por la prerrogativa general que asiste a toda la comunidad al sostenimiento de las garantías fundacionales del estado de Derecho que, en concreto, representa el deber correlativo del Estado en dar cumplimiento, desde un rol activo y no de mera abstención, al programa pactado por la ciudadanía en la Carta Fundamental. La violación injustificada de estos principios por parte de quien ostenta un poder delegado, aunque tal daño recaiga sobre una persona, o sólo un grupo de ellas, repercute sobre la comunidad toda en tanto y en cuanto ello importa la ruptura, lisa y llana, del sistema de garantías Constitucionales. Resulta relevante el hacer hincapié en el carácter concreto de esta prerrogativa colectiva que subyace en el sostenimiento del programa dogmático de nuestra Carta Magna, ya que ello aparece como una dimensión material conculcada en casos como el de marras, resultando fundamental que el Estado, a través del Poder Judicial, reencause la cuestión hacia el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías de la población.

En definitiva, la dimensión social que poseen bienes jurídicos como la privacidad y la intimidad de los usuarios, se enrola con uno de los perfiles intrínsecos que subyace en cualquiera de los Derechos Humanos reconocidos por el sistema normativo y que no hacen más que reafirmar conceptos que van en total sintonía con los estándares internacionales que ya se han repasado en la materia, cuya construcción ha sido sostenida por los organismos supranacionales a través del tiempo, formando parte de una visión cuya propuesta radica en que

... El reconocimiento y efectiva protección de los Derechos Humanos como garantías esenciales del ser humano, individual y colectivamente, se asume por la comunidad internacional como una prioridad, más aún cuando se plantea que los mismos superan los intereses propios de los entes estatales y atienden un estado de naturaleza que no puede quedarse únicamente en una visión antropocéntrica, sino integral respecto de la naturaleza y todas las formas de vida atendiendo también

⁶⁵ Art.19, Const. Nac. Arg.

a las normas de pluralismo jurídico que se viene adoptando en Estados latinoamericanos... (Flores Monterrey, 2014, pp.II).

La necesidad de sustanciar las soluciones reparadoras de ambas dimensiones afectadas en un solo proceso será, entonces, consecuencia directa de la propia naturaleza del daño y el impacto que éste ha provocado, como en “*Halabi*”, sobre las esferas de cobertura de las prerrogativas en juego.

Validando estos argumentos, es correcta la apreciación de Maurino, Nino y Sigal (2005) en el sentido de que la inteligencia de los tribunales nacionales acerca de derechos de incidencia colectiva en general, y de esta categoría en especial, deben vislumbrarse desde la perspectiva de asumir que la doctrina subyacente en todos estos casos, en verdad, apunta a consagrar la idea de una dimensión adicional a la individual, tradicionalmente reconocida por el Derecho, tal y como es la colectiva, que se presenta como una forma, no diferenciada sino amplificada, de manifestar los mismos derechos ya conocidos, ante ciertas circunstancias de afectación que materializarán, en el caso concreto, la mentada bidimensionalidad.

Es importante hacer notar, para finalizar, que el valor de la construcción jurisprudencial que se acaba de recorrer, no está en la acumulación o conceptualización específica de casos y fórmulas interpretativas, sino en el tenaz esfuerzo de los jueces nacionales por ampliar, cada vez más, tanto el universo de protección de los ciudadanos como el esquema de participación ciudadana, a través de un activismo judicial que canalice, de manera efectiva, como afirma Lorenzetti (2010), a las demandas sociales y a la presión que éstas ejercen sobre el Poder Judicial a fin de que éste sea un eficiente garante de justicia y equidad. Está claro que, en ello, el rol de los tribunales es el de la labor interpretativa y no el de creación de normas; los jueces no crean el Derecho, pero si han provocado, sobre todo a partir de los últimos años, una profunda tarea de contribución a la construcción de un verdadero Derecho de Interés Público (DIP), que se enrola en este orden de ideas y que puede ser definido e interpretado como una práctica

...que utiliza conscientemente las formas del Derecho para incluir en la deliberación democrática a quienes han quedado excluidos, para mantener los procesos que garantizan esa deliberación y para preservar los acuerdos semánticos en los que se expresa el lenguaje del Derecho... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.5)

En congruencia con los autores, se estima desde aquí, que esta labor coadyuvante de los tribunales ha acompañado la historia de *construir* un nuevo ámbito de trabajo para

las ciencias jurídicas, dentro de un marco que es tan amplio como la preservación de los valores democráticos en la sociedad, y tan específico como la efectiva protección integral de las prerrogativas conculcadas en cada caso concreto que adquiera, por su propia naturaleza, proyección transindividual, o pluriindividual, tanto en el modo de abarcar la problemática, como en el aporte realizado a fin de brindar soluciones eficientes.

e. La cuestión en el Derecho comparado

Se da comienzo aquí al análisis de un modelo de Derecho comparado que ha servido como anclaje para el desarrollo conceptual y jurisdiccional, a nivel local, de los derechos individuales homogéneos. El mismo, tal como lo califica Lorenzetti (2010) constituye un ejemplo de desarrollo de esta doctrina para toda la región, habiendo profundizado la aplicación e interpretación de tal instituto durante el suficiente tiempo como para tener mucho más aceitados sus extremos. El modelo a repasar, que goza de todas estas virtudes mencionadas, es el de la República Federativa de Brasil.

Se ha visto en oportunidad de recorrer la evolución en materia de derechos de incidencia colectiva dentro del modelo Brasileiro (Capítulo I, acápite f.), que la construcción del esquema de categorización de los mismos fue elaborándose a partir de un andamiaje de neto corte procesal en lo primitivo; es preciso recordar, a tal efecto, que las acciones populares se hallaban reglamentadas desde 1965, para luego ir avanzando hacia una calificación sustancial que es la que aquí interesa, y que tendrá su cenit con la reforma constitucional de 1988 y la sanción, en 1990, del Código del Consumidor⁶⁶, resultando este último el instrumento más relevante en la categoría bajo estudio ya que, la misma, es consagrada por el art. 81 inc. III al expresar que

...A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar

⁶⁶ Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, 11/09/1990.

*de:... III - interesses ou direitos individuáis homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum...*⁶⁷

La doctrina Brasileña, y entre ellos el maestro Antonio Gidi (2004), sostiene que los derechos individuales homogéneos, conforme a la cosmovisión normativa del vecino país,

...son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema de derecho civil como “derechos subjetivos”. El nuevo concepto de derechos individuales homogéneos sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales (class actions for damages)... (Gidi, A., 2004, pp.61).

En el mismo sentido, el autor diferencia a las categorías ensayadas por las fórmulas legales reseñadas entre aquellas que responden a nuevas abstracciones de derechos sustantivos (difusos y colectivos), de estas que representan una forma de instrumentación procedimental de prerrogativas individuales tradicionalmente consideradas. Concluye el eminente jurista, afirmando que

...La ley brasileña no establece, y probablemente no podría establecer, una definición clara de derechos individuales homogéneos. Tan sólo menciona que ellos son derechos de un origen común, sin explicar lo que es un “origen común”. Sin embargo, el origen común es correlativo a la más amplia pero más precisa noción de “cuestión común de derecho o de hecho” (common question of law or fact) utilizada en el derecho norteamericano. Es crucial a este concepto de “origen común” que los derechos individuales tengan la misma o semejante causa de pedir. Esto es lo que define a los derechos individuales como “homogéneos”, y permite que se les dé un trato y una sentencia uniformes. Los derechos o pretensiones continúan —sin embargo— siendo solamente una colección de derechos individuales personales separados (derechos subjetivos) individualmente apropiados por cada miembro del grupo... (Gidi, A., 2004, pp.62).

Es importante poner de manifiesto dos aspectos que merecen ser especialmente señalados. El primero de ellos obedece a la categorización netamente procesalista que reciben los derechos individuales homogéneos en Brasil, no dejando dudas respecto a que, estructuralmente, no se trataría de derechos distintos a los subjetivos, ya que el rasgo de distinción estará centrado en el *origen común* de las controversias y no en su naturaleza. Ello habilita a contraponer la cuestión relativa a la comprensión de que, en el ordenamiento Brasileño, se hallarán dos categorías tutelares dentro del ámbito

⁶⁷ Traduc. al Esp.: *...La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente, o a título colectivo. Parágrafo único. La defensa colectiva será ejercida cuando se tratara de:... III – Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de un origen común.*

procedimental, tal y como son “...la tutela de los derechos colectivos...y la tutela colectiva de los derechos individuales...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.17). El segundo factor ha sido mencionado por el autor precitado en las definiciones pre expuestas, y radica en las fuentes en las que abreva todo el marco de construcción dogmática de los derechos individuales homogéneos en su versión Brasileña, que es el de las acciones de clase norteamericanas. Ya habrá oportunidad de analizar con mayor profundidad los extremos de la Rule 23⁶⁸, dispositivo que da forma al procedimiento de las denominadas *Class Actions*, al momento de ponderar a estas soluciones procesales como las más idóneas, o no, a fin de sustanciar procesos colectivos en la Argentina, pero en lo que aquí interesa, vale hacer un anticipo para apuntar que esta íntima relación entre el instituto creado por el País del Norte y los dispositivos observados en Brasil afirman, aún más, el carácter procesalista de los derechos bajo estudio.

El sistema legal norteamericano no deja lugar a dudas en cuanto a su reticencia a receptor una dimensión colectiva de prerrogativas en lo sustancial. Ello se explica, en gran medida, por la férrea tradición liberal que envuelve a su historia institucional y jurídica, además de encarnar un pilar de su propia idiosincrasia como Nación. No obstante ello, la tutela procesal colectiva de derechos individuales afectados por un origen común se presenta tan tradicional en los Estados Unidos como lo antedicho, resultando una herramienta más que interesante, dentro de aquel ordenamiento, como para promover reformas sociales en áreas tales como los derechos civiles y sociales en general (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Por ello no es de extrañar que institutos como éste hayan constituido fuentes inevitables a la hora de importar a los países latinoamericanos tal remedio procesal a fin de brindar tutela efectiva a una serie de derechos transindividuales y pluriindividuales que aparecían sobre el horizonte, buscando, sobre todo en los últimos años, adecuar los elementos procedimentales originales a las posibilidades, tanto infraestructurales como institucionales, de cada país.

En este contexto, es menester resaltar que el rasgo más influyente extraído del sistema norteamericano es el de la homogeneidad. Ese aspecto, que en aquél país cobra relevancia a partir de constituir, como bien informa Lorenzetti (2010), uno de los requisitos previos para la procedencia de las acciones de clase, se determina por la

⁶⁸ U.S. *Federal Rules of Procedure* (1938), Title IV. Parties-Rule 23. *Class Actions*.

identidad fáctica y jurídica que justifica tanto la agregación de controversias como los efectos preclusivos de las sentencias.

El elemento homogéneo, subyacente en la clase de prerrogativas individuales consideradas especialmente por el ordenamiento Brasileiro, e importado a nuestro país en la doctrina sentada por el *Iter pretoriano* de los tribunales nacionales en lo tocante a *intereses individuales homogéneos*, será, entonces, la propagación de un término ya definido por el sistema normativo norteamericano, lo cual termina de aclarar el panorama en cuanto al por qué de la naturaleza procesal del instituto de marras.

Volviendo al sistema adoptado por la República Federativa del Brasil, la homogeneidad estará definida por el origen común que

...no significa que el origen de la pretensión sea necesariamente un solo acontecimiento ocurrido en un tiempo determinado, teniendo como resultado lesiones comunes, como sería el caso de una explosión, un accidente de aviación o la destrucción de un edificio. El acontecimiento que es el “origen común” de los derechos individuales homogéneos de hecho puede estar disperso en el tiempo y el espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente, que puedan llegar a ser considerados legalmente uno mismo... (Gidi, A., 2004, pp.62)

Lo antedicho, más la naturaleza procesal asignada por los dispositivos legislativos ya repasados, no dejaría lugar, dentro del ordenamiento Brasileiro, a ningún esquema jurídico que se aleje del que distingue entre derechos subjetivos, difusos y colectivos, siendo la primera categoría la que, ante determinadas circunstancias, será tratada procesalmente de una manera diferenciada. Aunque esto sea así en apariencia, según Maurino, Nino y Sigal (2005), la jurisprudencia y la doctrina brasileñas han venido debatiendo, en los últimos años, las posibilidades de defensa colectiva de derechos individuales o si éstos quedan tutelados colectivamente sólo ante la procedencia de los presupuestos antedichos.

Esto cobra relevancia por dos cuestiones, en primer lugar porque la constitución del vecino país consagra en su art. 5 inc. 69⁶⁹ un instituto similar a la fórmula prevista en nuestro art. 43 CN para la acción de amparo colectivo, llamado “*Mandamiento de seguridad colectivo*”, pero que se diferencia de éste en un punto esencial, ya que no

⁶⁹ “Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: ...69. El mandamiento de seguridad colectivo puede ser imperado por: 1. un partido político con representación en el Congreso Nacional; 2. una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde hace un año por lo menos, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados;” Constitución Política de 1988 de la Rep. Fed. Del Brasil.

expresa qué tipología de derechos pueden ser defendidos por este mandamiento, cosa que si expresa, como hemos visto, el precitado dispositivo constitucional local. Este será, entonces, el eje central en torno al cual gira el debate que los autores reseñados reflejan dentro del vecino país. La segunda cuestión a considerar es que esta polémica precitada podría dar cabida a una concepción que permita admitir una dimensión colectiva inherente a derechos individuales, amplificando sus alcances de cobertura y otorgándoles el carácter sustancial de derechos bidimensionales, tal como se propicia desde este trabajo en lo atinente al esquema jurídico existente a nivel nacional. De todos modos, es bueno hacer notar que esta sigue siendo una discusión abierta en el vecino país y, al igual que aquí, da augurio de mayores y mejores desarrollos en la materia, a fin de abrir la ciencia a nuevos aportes y modelos, algo que resulta muy oportuno, en lo local, para la hipótesis sobre la que aquí se indaga, sobre todo si se tiene en cuenta que ello no se agota en una mera conceptualización o diseño de esquema jurídico, sino que pretende ampliar sus horizontes hacia una discusión que tome en cuenta a la realidad emergente, y circundante, al Derecho, a fin de continuar enriqueciendo sus áreas de alcance sistemático. En nuestro socio del MERCOSUR, al igual que aquí, toda esta tarea se presenta como un desafío que los operadores jurídicos no pueden, ni deben, soslayar.

Otro ejemplo de conceptualización de derechos individuales homogéneos lo aporta el Código Modelo de Procesos Colectivos⁷⁰ elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que en una dirección decididamente análoga al sistema Brasileiro consagra, en su art. 1° inc. II, que

...La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de: ...II - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase...⁷¹

Pero agrega, como rasgo distintivo, un elemento que merece ser citado ya que consagra un principio que fuera, también, utilizado por los Ministros de la Corte Suprema en “Halabi”, tal y como es el del requisito de la relevancia social para la admisibilidad de este tipo de pretensiones. En efecto, en su art. 2°, el dispositivo incorpora un inciso que establece, como uno de los requisitos de la demanda colectiva

⁷⁰ Aprobado en Caracas, Venezuela, el 28/10/2004.

⁷¹ Cap. I – Disposiciones Generales, Art. 1° - Ámbito de Aplicación de la Acción Colectiva, inc. II. Cód. Mod. De Procesos Colectivos para Iberoamérica, (28/10/2004).

“...la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas...”⁷². Este argumento de la *relevancia social* encarnará, si se analiza comparativamente a ese concepto con nuestro propio sistema, un fundamento análogo a la *incidencia colectiva* de las prerrogativas en juego en estos supuestos, más que nada porque otorga a cualquier derecho comprendido bajo ese extremo una virtud proyectiva que amplifica su alcance.

Otro de los aportes que este Trabajo del Instituto ha consagrado es el relativo al principio, importado del *Common Law*, de *predominance and superiority*⁷³ que refiere a “...la predominancia de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto...”⁷⁴, sobre todo porque este criterio realza los factores que particularizan, de acuerdo a esta concepción procesalista que se viene repasando, a los derechos individuales homogéneos.

Este ejercicio nomogenético será, en definitiva, uno de los ejes de referencia en la materia, aunque, claro está, configure la consagración de una construcción en clave procesal, que no aporta demasiados elementos para definiciones en cuanto a lo sustancial.

Quizás, y esto es un postulado absolutamente opinable, la irresistible tentación de adecuar al sistema continental Europeo un modelo procesal como el de las *Class Actions* norteamericanas, que se entendió como el más idóneo para dar soluciones colectivas para conflictos emergentes tan actuales y urgentes en diferentes países de la región, haya provocado la necesidad de priorizar el remedio procesal a la idea de profundizar el estudio de una naturaleza sustancial diferente en cierta clase de derechos individuales. En conclusión, estos modelos entronizan remedios para una enfermedad a la que todavía cuesta ponerle un nombre claro, determinado y que se corresponda con un criterio estructural más delimitado.

A manera de colofón de esta semblanza por el derrotero de los derechos individuales homogéneos dentro del marco del Derecho comparado, se harán propias las palabras del

⁷² Cap. I – Disposiciones Generales, Art. 2º - Requisitos de la Demanda Colectiva, inc. II. Cód. Mod. De Procesos Colectivos para Iberoamérica, (28/10/2004).

⁷³ Trad. al Esp.: “Predominancia y Superioridad”.

⁷⁴ Exposición de Motivos, Pto. 6, Cód. Mod. De Procesos Colectivos para Iberoamérica, (28/10/2004).

eminente Antonio Gidi (2004) quien, al referirse a las normas Brasileñas y su relación con los estrados judiciales y los operadores jurídicos, sostenía que las inteligencias que de allí dimanaran debían apuntar a partir de criterios amplios y con la mayor flexibilidad posible en cuanto a las conceptualizaciones y esquematizaciones que se efectuaran, ya que esta nueva era de la Ciencia Jurídica no admite, así como en otros ordenes tampoco lo han de admitir las propias sociedades a las que el Derecho pretende ordenar, estructuras rígidas y categorías estoicas a la hora de definir los *nomen Iuris* que han de dotar de contenido a la Ciencia. El vencer las férreas resistencias, en este sentido, a las que tanto Gidi (2004) como Gil Domínguez (2011) hacen referencia, es la batalla que desde la doctrina, la jurisprudencia y la política legislativa se viene librando en toda la región, por lo que cada pequeño paso hacia adelante configura un nuevo pilar de éxito en el cual apoyarse en esta novedosa construcción dogmática.

f. Bidimensionalidad del objeto y factores de homogeneización

Corresponde adentrarse ahora en lo que se califica aquí como la *contraposición de núcleos distintivos* dentro del marco de los esquemas bajo análisis en la presente investigación. Esta definición implica desagregar, como primera medida, al aspecto que le da identidad particular a los derechos individuales homogéneos, tal y como es el elemento *causa*, interpretado como hecho común que actúa como factor de homogeneización de un conjunto de prerrogativas individuales y que viene a complementarse, a fin de categorizarlos estructuralmente como derechos de incidencia colectiva, con la proyección pluriindividual que poseen las materias conculcadas en el caso concreto. En segundo término, y como contrapunto a estudiar, aparece un rasgo de distinción predicable de los derechos bidimensionales desde un enfoque que pretende ser más amplio, y por ende, omnicomprensivo, que los creados por la doctrina jurisdiccional. Ese elemento distintivo será, entonces, la bidimensionalidad que presenta el objeto del derecho bajo análisis, que además del impacto que materializa la lesión en una o en ambas esferas de cobertura, compone el eje central de la propuesta aquí planteada.

Ha sido posible observar a través del desarrollo de las definiciones aportadas por la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, acerca de los derechos individuales homogéneos, cómo el hecho común capaz de afectar a un conjunto de prerrogativas individuales asume, dentro de esa categoría en particular, un rol preponderante, tanto en la tipificación estructural ante el caso concreto, como a los fines de su ejercicio procesal. Estas circunstancias fácticas o normativas que se asumen idóneas para producir ciertos efectos jurídicos gozan de un aspecto que los hace especialmente ponderables en este análisis ya que, los mismos, poseen la capacidad de situar a un conjunto de sujetos afectados en condiciones estructurales de uniformidad y homogeneidad para el ejercicio y exigencia tuitiva de sus derechos (Maurino, Nino y Sigal, 2005). El énfasis queda puesto, entonces, en la idea de homogeneidad, que será desdoblada en la *homogeneidad situacional* de cada uno de los derechos lesionados por un mismo hecho y en análogas condiciones, más la *homogeneidad fáctica*, representada por esa causa única que produce la lesión, y que debe ser acreditada a fin de considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada (Lorenzetti, 2010).

Estas consideraciones permiten comprender, con mayor grado de detenimiento, qué tipos de acontecimientos pueden resultar idóneos para producir los efectos antes descriptos. El maestro Antonio Gidi realiza un verdadero aporte a la claridad del concepto al caracterizar a esas circunstancias fácticas o normativas como el *origen común* apto para prohijar pretensiones homogéneas, aclarando que

...“Origen común” no significa que el origen de la pretensión sea necesariamente un solo acontecimiento ocurrido en un tiempo determinado, teniendo como resultado lesiones comunes, como sería el caso de una explosión, un accidente de aviación o la destrucción de un edificio. El acontecimiento que es el “origen común” de los derechos individuales homogéneos de hecho puede estar disperso en el tiempo y el espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente, que puedan llegar a ser considerados legalmente uno mismo... (Gidi, A., 2004, pp.62)

Lo antedicho se relaciona con lo sentado por la Corte Suprema en “*Halabi*” al atribuirle a ese “...hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales...”⁷⁵ la calidad de causa idónea para concentrar, en lo tocante a sus efectos comunes, a un conjunto de pretensiones individuales en idéntica posición ante el daño acaecido. Todo esto permite vislumbrar, en definitiva, hacia dónde

⁷⁵ C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 13.

apunta la doctrina al incorporar el término “*homogéneos*” a esta categoría de derechos individuales, ya que será esta su consecuencia necesaria, y no solo su denominación.

Ahora bien, esta homogeneidad como factor de concentración de prerrogativas jurídicas no es sólo una construcción semántica de la doctrina y la jurisprudencia, sino que obedece a circunstancias que estarán signadas por el impacto lesivo que sean capaces de producir, tal como se observa en “*Halabi*” al referirse allí a un acto normativo apto para producir una afectación relevante a una pluralidad de individuos unidos de cierto estatus jurídico (en el caso, Abogados usuarios de servicios de telecomunicaciones); o en “*Asociación Benghalensis*”, en donde, según Lorenzetti (2010), una omisión por parte del Estado nacional se encumbra como el hecho común de afectación a una pluralidad de prerrogativas individuales, la de los infectados por HIV. Este factor de homogeneización será, en definitiva, el ordenador de todas esas pretensiones, a la vez que su causa eficiente.

Ha sido la jurisprudencia de la CSJN la que ha reafirmado el concepto de *homogeneidad situacional* al que se hacía referencia en párrafos anteriores, al introducir en su elaboración dogmática la identidad de intereses traducida en el término “...*intereses individuales homogéneos*...”⁷⁶, considerando a la uniformidad de éstos como el elemento determinante a ponderar por el juzgador en el caso concreto. Por esta razón, tal como el propio tribunal ha determinado en “*Defensor del Pueblo de la Nación*”, los derechos patrimoniales, aún afectados por una *homogeneidad fáctica*, quedan exentos de la tipología elaborada ya que, en tales supuestos, es posible encontrarse ante una disimilitud de intereses que atenta contra la identidad situacional requerida, por tratarse de un factor, el elemento patrimonial sectorial o de cada uno de los afectados, inhábil para ser equiparable en cabeza de una comunidad.

Esta restricción a los factores de homogeneización supone, entonces, que podrán ser evaluados como tales aquellos acontecimientos susceptibles de lesionar intereses que resulten aptos para ser colocados de manera uniforme, es decir que no basta con el origen común del daño, sino que, además, deberá corroborarse la homogeneidad de las situaciones jurídicas afectadas. Bajo este parámetro las circunstancias idóneas como para producir afectaciones a derechos individuales homogéneos serán aquellas que impacten sobre intereses no patrimoniales que, por su propia naturaleza o la ausencia de

⁷⁶ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), *Consid.* 12.

condiciones aptas que incentiven su ejercicio jurisdiccional individual, se proyectan colectivamente.

Lo antedicho permite arribar a la conclusión, entonces, de que cualquier acontecimiento que pudiera poner en situación de identidad a ciertas prerrogativas individuales, pasibles de ser consideradas de manera uniforme dada su proyección social o la necesidad de una mayor protección por parte del Estado, podrá ser catalogado como factor de homogeneización en el caso concreto.

El siguiente núcleo distintivo a desmenuzar se corresponde con el de la bidimensionalidad de ciertos bienes jurídicos, cuestión que es el centro de la propuesta del presente trabajo y que intenta, desde un enfoque superador, dar un marco de cobertura más amplio que el brindado por el concepto de derechos individuales homogéneos. La primera consideración que conviene hacer respecto a esta hipótesis, es que la misma, como ya se ha marcado en acápites anteriores, encuentra argumentos para sustentarse tanto en antecedentes jurisprudenciales como en elaboraciones que la doctrina ha ido sentando a través del tiempo, dato no menor sobre todo si se tiene en cuenta que lo que aquí se pretende no es *inventar* un concepto, sino el intentar *ver un poco más lejos encaramado sobre los hombros de estos gigantes* (Yuni y Urbano, 2006) que ya han comenzado a tener vuelo propio dentro de las actuales ciencias jurídicas.

En este sentido, bien vale el traer nuevamente a colación las palabras de los eminentes Maurino, Nino y Sigal quienes, en su obra, exploran el tema de los derechos de incidencia colectiva y afirman, en particular sobre algunos de ellos, que

...no todos los derechos de incidencia colectiva protegen “nuevos” bienes o valores jurídicos, hasta ahora no tutelados por el derecho. Algunos representan una nueva dimensión de protección de bienes o derechos ya tutelados por el sistema legal. En algunos casos, se trata de la recepción de una dimensión colectiva de derechos individuales que se suma a su aspecto individual... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.191)

Abonan ese postulado, los autores predichos, con la doctrina sentada por la CSJN en “*Asociación Benghalensis*” que informa, conforme a la hermenéutica desde aquí propuesta, sobre las posibilidades de perspectiva dimensional colectiva que posee, en su propia naturaleza, el bien jurídico *salud*. Es esencial la comprensión de este punto ya que ello lleva a sostener el argumento de que el constituyente, en la reforma de 1994, prohió un nuevo esquema constitucional conformado por derechos bidimensionales por un lado, y los derechos colectivos por el otro, en tanto y en cuanto la tradicional

concepción de derechos de apropiación sólo individual no resultó suficiente para brindar el marco protectorio que ciertos derechos requirieron conforme a la nueva emergencia conflictual circundante, ni contemplaba a bienes que, como bien define Stiglitz (2000) en su teoría económica de los Bienes Públicos, por su propia naturaleza no pueden ser apropiados ni consumidos de manera exclusiva por alguien determinado o determinable, sino que su utilidad y consumo se corresponde con su propiedad colectiva e indivisible, y por ende, requirieron de un marco de tutela especial a tal efecto. Este nuevo escenario es el que ha proporcionado las bases de este “...fenómeno constitucional nuevo, constructivo y progresivo...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.180) valioso a fin de poner sobre el tapete a la categorización expuesta, y fundamental a la hora de profundizar los caracteres de la tipología de prerrogativas que de ella se desprenden.

Volviendo al tema de los bienes jurídicos objeto de estos derechos, la nueva categoría de prerrogativas bidimensionales no reemplaza, sino que amplía, a aquella de derechos individuales, dotándola de un mayor espectro de alcance según cual sea la esfera conculcada. Ello se explica por la inescindibilidad que posee el bien jurídico en sí mismo respecto de su proyección transindividual, además de su condición divisible en el grado de apropiación individual que el mismo detenta. Será necesario, entonces, el volver a remarcar que un aspecto no resulta excluyente del otro en la tesis que aquí se propugna, sino complementario.

Para brindar mayor claridad respecto a lo expuesto, es viable poder valerse de un ejemplo, como herramienta didáctica, a fin de demostrar que ciertos valores o bienes jurídicamente apreciables no pueden ser considerados sólo como colectivos ya que su proyección individual es innegable, pero que, en ciertas circunstancias, muestran una irrefutable relevancia supraindividual, lo cual torna su concepción subjetiva como insuficiente como para brindar una protección adecuada, tal como se afirmaba en renglones anteriores.

Ese ejemplo predicho será la *Salud* ya que si se limitara el marco de su apreciación tomándola desde la perspectiva de ser sólo un derecho subjetivo, se estaría sometiendo al operador que así lo considerara al dilema de que si bien un impacto lesivo sobre el bien individualmente ponderado podría ser determinado y cuantificado mediante un proceso bilateral, si el acontecimiento productor de tal lesión fuera un hecho único o complejo que ha propagado sus efectos, esos procesos se replicarán indefinidamente,

conforme aparezcan las pretensiones de cada uno de los afectados por esa circunstancia, exponiendo al sistema al plausible riesgo de un escándalo judicial basado en sentencias contradictorias sobre cuestiones análogas, más el engorro innegable que representa este innecesario incremento de la litigiosidad. Ello no puede, bajo ningún punto de vista, resolverse sólo con el aglutinamiento pretensivo en un proceso colectivo determinado por cuestiones tales como la garantía de acceso a la justicia o economía procesal, o sólo subordinado a las relaciones jurídicas tipificadas taxativamente por el plexo normativo, ya que estos criterios, muy lúcidos y relevantes, por cierto, no dejan de caer bajo el peligro de la discrecionalidad judicial en el caso concreto, poniendo en jaque al avance de la admisibilidad de las acciones de este tipo dentro del ordenamiento, tal como se ha repasado al ver lo tocante a los parámetros restrictivos de admisibilidad de demandas de esta clase, en donde se observa como los Jueces ante casos de factura análoga resuelven en forma diferente.

En cambio, desde otro punto de vista posible, el centro de la discusión gira en torno a la propia naturaleza del bien jurídico *salud*, conforme el ejemplo que aquí se viene exponiendo, y que lo relaciona, puntualmente, con la doble esfera o dimensión que abarca este valor protegido por el Derecho. Es prácticamente indiscutible la dimensión social que adquiere la *salud* entendida como la prerrogativa que le asiste a toda persona a que “...su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad...”, medidas que serán un deber indelegable del Estado a través del sostenimiento de las políticas públicas necesarias, a fin de cumplimentar el objetivo constitucional de proporcionar “...un nivel de vida adecuado...” a la población, quedando claro que allí radica la raíz de la incidencia colectiva de este derecho. Pero no resulta menos cierto, tal como se expresaba al empezar a analizar a este valor jurídicamente apreciado, que su esfera de apropiación individual existe y se compone, justamente, con “...el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...”, siendo éste un bien jurídico divisible, dentro de esta órbita, en cabeza de cada uno de los sujetos de la comunidad.⁷⁷

⁷⁷ C.S.J.N., “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA00000121, (2000), Juez Vázquez por su voto, Consid.7.

Ahora bien, esta bidimensionalidad del bien jurídico *salud* queda en evidencia ante cierto tipo de daños que resultarán idóneos como para impactar con su fuerza lesiva sobre ambas esferas; aquella de apropiación individual que requerirá un resarcimiento de contenido patrimonial en beneficio del o los particulares afectados, y aquella órbita cuya incidencia colectiva supone la necesidad de una reparación integral que apunte a corregir el curso conductual del responsable a futuro, como método para brindar soluciones de fondo que propendan al mejoramiento del grado de satisfacción de los derechos en el marco de una sociedad democrática de orden constitucional (Lorenzetti, 2010).

En definitiva, el daño aparece ante este tipo de prerrogativas como el materializador de la esfera afectada, y no como un catalizador de prerrogativas individuales como se ha visto que ocurre en el esquema de derechos individuales homogéneos, siendo ello lo que determine, en el caso concreto, cuál será la dimensión a resarcir, o si la reparación procederá en ambas dimensiones a través de un proceso especial a tal efecto. Será, en todo caso, el criterio de los tribunales el determinar los alcances del impacto lesivo en torno al bien jurídico bidimensional, pero el parámetro de base será la naturaleza del derecho conculcado y no el carácter homogéneo de las prerrogativas afectadas que, como hemos visto, tiende a ser un criterio de distinción “...que el juez mide de acuerdo con su personal discrecionalidad...” (Bianchi, 2009), o la falta de incentivos para la práctica procesal individual que, según se interpreta desde el presente enfoque, se presenta algo contradictorio como criterio si luego, en la práctica, los parámetros de efectivo acceso se transforman en formalismos alambicados que no hacen más que proteger a una cultura de férrea resistencia burocrática al cambio (Gil Domínguez, 2011), lo cual impone la reflexión necesaria de promover criterios que apunten a objetivar estas garantías esenciales, tal y como es la de efectiva tutela jurisdiccional, y no quedar atrapados en simples expresiones de deseo en la letra que después no se ven materializadas en la realidad.

Se acaba de efectuar un recorrido, a través de la presente contraposición, cuya intención fue la de exponer los aspectos más salientes de ambos ejes conceptuales, tratando de poner blanco sobre negro sobre sus principales diferencias, más allá de que el análisis se haya centrado en dos elementos estructurales diferentes, tal y como son el objeto y la causa. No obstante, esto obedece más a la ubicación dentro de la estructura

dogmática que recibe el rasgo que particulariza al término, y no a una creación caprichosa de quien presenta este trabajo. Para expresarlo más claramente, mientras que en los derechos individuales homogéneos su rasgo calificador se hallará en el elemento constitutivo causa, ya que se habla allí del factor que se presenta como origen común de las prerrogativas conculcadas, en los denominados como derechos bidimensionales su nota diferencial se encontrará contenida en el elemento objeto, entendido como el Bien Jurídico protegido que el derecho en cuestión viene a contener, más allá de estar hablando, en ambos casos, de una categoría de derechos de incidencia colectiva. Este cotejo de conceptos técnicos se enrola en la idea de enriquecer el debate a través de la visibilidad en las diferencias, para poder ir avanzando en la construcción dogmática que aquí se pretende.

A modo de conclusión parece importante poner el acento en que, más allá de cuál sea el modelo o esquema a utilizar, es imperioso, en la práctica, sostener criterios que permitan garantizar cierto grado de certidumbre y seguridad en lo jurídico, a fin de alcanzar los más elevados fines y objetivos que el Derecho se presume destinado a proporcionar en el marco de las sociedades democráticas. La presente propuesta, más allá de que lo que aquí se haya analizado y expuesto sea sólo un aspecto estructural de la misma a través de un ejemplo con fines didácticos, apunta a dar cumplimiento a esa exigencia presentando un nuevo enfoque sobre una construcción dogmática que todavía se encuentra en proceso de elaboración, lo que hace aún más apasionante al presente trabajo.

g. Bibliografía especial:

- Güitrón Fuentevilla, J., (2007), “¿Cuál es la naturaleza jurídica de la Responsabilidad Civil?”. Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), “Responsabilidad civil”, Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Maurino, G., Nino, E., Sigal, M., (2005), “Las acciones colectivas”, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. LexisNexis.
- Gil Domínguez, A., “Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva”, publicado en La Ley, diario del 16/06/2011, p 1. Recuperado de URL: <http://underconstitucional.blogspot.com/2011/06/afectado-derechos-de-incidencia.html>.
- Jeanneret de Pérez Cortés, M., (2003), “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones”, LA LEY – 2003 – B - 1337, pp.2.
- Lorenzetti, Ricardo L., (2010), “Justicia colectiva”, (1º Ed.), Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Gil Domínguez, A., (2014), “Legitimación procesal colectiva y representación colectiva adecuada”, LA LEY 06/06/2014, 06/06/2014, 6 - LA LEY2014-C, 399, AR/DOC/1341/2014.
- Giannini, L., (2005), “Tipología de los derechos de incidencia colectiva”, Libro de ponencias y trabajos seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ed. La Ley, Mendoza 2005, pp. 40-63.
- Rosales Cuello, Ramiro - Guiridlian Larosa, Javier D., (2009), “Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”, La Ley 2009-B, 1016.
- Sagüés, Néstor P., (2009), “La creación judicial del "amparo-acción de clase" como proceso constitucional”, SJA Lexis N° 0003/014385.
- Rivera, Julio (h), “La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores”, J.A. 2008-II 1141.
- Verbic, F., (2013), “Los Procesos colectivos en la República Argentina”, Recuperado de URL: <http://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic>
- Bertoni, E., Zelada, C.J., (2014), Capítulo II – Derechos Civiles y Políticos, Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. Steiner, C., Uribe, P.,

“Convención Americana sobre Derechos Humanos”, (pp. 320-342), Estado Plurinacional de Bolivia: Ed. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

- Vallespinos, C.G., (2007), “*La persona humana y el consumo*”. Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), “*Responsabilidad civil*”, Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Gil Domínguez, A., (2013), “*Vigencia del caso Halabi*”, LA LEY 24/10/2013, 24/10/2013, 3 - LA LEY2013-E, 589 - LA LEY24/10/2013, 3, AR/DOC/3809/2013.
- Galeazzi, M., Verbic, F., (2014), “*Acciones colectivas y beneficio de justicia gratuita*”, LA LEY 02/10/2014, 02/10/2014, 5 - LA LEY2014-E, 462, AR/DOC/2896/2014.
- Bujosa Vadell, L., (1997), “*sobre el concepto de intereses de grupos difusos y colectivos*”, La Ley – 1997 – E – 1142.
- Courtis, Ch., (2014), Capítulo III – Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Steiner, C., Uribe, P., “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, (pp. 654-676), Estado Plurinacional de Bolivia: Ed. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
- Bianchi, A., (2009), “*El Fallo Halabi, las acciones de clase en la Argentina, Dr. Alberto Bianchi*”, Ciclo: Comentarios sobre cuestiones jurídicas actuales para socios del Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Revista Jurídica La Hoja On-line. Recuperado de URL: http://www.colabogados.org.ar/la-hoja/articulo.php?id=115
- Buteler Cáceres, J.A., (2000), “*Manual de Derecho Civil, Parte General*”, Pcia. de Córdoba, Rep. Argentina. Ed. Mediterránea.
- Flores Monterrey, R.J., (2014), Prólogo. Steiner, C., Uribe, P., “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, (pp.II-IV), Estado Plurinacional de Bolivia: Ed. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
- Gidi, A., (2004), “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*”. Distrito federal, Estados Unidos de México. Ed. De la Universidad Autónoma de México.

- Yuni, J.A., Urbano, C.A., (2006), “*Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*”, Vol. 1 y 2, (2^{da} Ed.). Córdoba, Pcia de Cba, Rep. Argentina. Ed. Brujas.

Capítulo III

El daño a los derechos individuales homogéneos. Presupuestos y aspectos sustanciales.

a. Introducción

Todo el trabajo que hasta aquí se viene desarrollando, más lo que resta por recorrer, es, en verdad, una forma de responder a los interrogantes que surgieran al momento de elaborar la hipótesis que hubo de motivar a la presente aventura, máxime teniendo en cuenta que las indagaciones realizadas intentan, con la mayor rigurosidad posible, desentrañar los desafíos intelectuales y científicos que presentan las mentadas preguntas.

No obstante la equiparable relevancia que reviste cada una de ellas, aquellas que inquietan sobre el daño en materia de derechos de incidencia colectiva en general, e individuales homogéneos en particular, adquieren una doble notoriedad, ya que por un lado permiten visualizar acabadamente el punto de impacto jurídico que representa la lesión a un conjunto de derechos como factor de homogeneización, mientras que, por el otro, exponen de una manera mucho más didáctica, si se quiere, los rasgos que identifican a estas prerrogativas, ya que al analizar la relación entre ellas, la lesión en sentido amplio, y el daño resarcible como su consecuencia necesaria, se estarán desnudando, de alguna manera, los propios extremos que hacen a su naturaleza conceptual.

En este Capítulo se verá todo lo tocante al daño y su interacción con las prerrogativas mencionadas, pero también se seguirá desentrañando, en cierta forma, su sentido y alcance en el ámbito de las ciencias jurídicas. No se trata de transitar fórmulas academicistas o demasiado alejadas de lo concreto, sino de interpretar cómo cierto tipo

de lesión, jurídicamente relevante, impacta y propaga sus efectos de manera pluriindividual motivando, ante ello, el ensayar nuevas respuestas doctrinarias a fin de cubrir tales emergencias, y permitiendo, además, llevar a cabo la tarea de reinterpretar la doctrina tradicional en materia de responsabilidad civil. Ello se ha vislumbrado a tal punto, en este último tiempo, que las nuevas herramientas normativas que han surgido en tal sentido han ido agregando, como se observará oportunamente, nuevas concepciones a las ya clásicas interpretaciones en la materia.

Así se podrá advertir, como se hará en uno de los puntos de investigación del presente capítulo, cómo el nuevo Código Civil y comercial de la Nación Argentina¹ introduce un nuevo enfoque en materia de Daños, contemplando a los supuestos de lesión a derechos de incidencia colectiva en general. También estará presente en esta sección del trabajo, todo lo que la legislación nacional en general tienen que decir al respecto, a fin de poder abundar en elementos de juicio a la hora de plantear tanto un análisis certero, como una propuesta como la que en la Tesis se sostiene.

Uno de los fenómenos que presenta, en este sentido, interesantes perspectivas es el de la llamada “*Constitucionalización del Derecho de Daños*”, propugnada por un sector de la doctrina (Heredia, 2007; Kemelmajer de Carlucci, 2001) y que halla su fuente jurisprudencial en el notable decisorio de nuestro Supremo Tribunal en “*Santa Coloma*”². El mismo aproxima, desde su inteligencia, a la idea de una organicidad integral de nuestro sistema jurídico que permitirá, tal y como se intentará demostrar en uno de los acápite a desarrollar, amplificar los contenidos y alcances del esquema de responsabilidad civil desde una mirada *legalista* hacia una perspectiva *constitucionalista*, con las innegables consecuencias que ello acarrea, tal como expresa la Dra. Kemelmajer de Carlucci (2001) en su obra.

Por supuesto que a estas cuestiones se le adosaran, como inevitables puntos de estudio, temas tales como los presupuestos del daño en sentido amplio, los tipos de responsabilidad en su juego de relación con las características antes mencionadas, las

¹ Ley N° 26.994, “*De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina*”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

² C.S.J.N., “*Luis Federico SANTA COLOMA y otros c/ E.F.A. s/ RECURSO EXTRAORDINARIO*”, Id Infojus: FA86000420, (05/08/1986).

funciones del Derecho de Daños en lo tocante a lesiones a derechos de incidencia colectiva en general, e individuales homogéneos en particular, y un especial análisis de ciertas tipologías de lesión conocidas como “*micro daños*” y “*daños masivos*”, que en este área se presentan con mucha habitualidad. Todo ello como colofón de un capítulo que pretende, antes de realizar cualquier propuesta, extremar el estudio sobre el daño y sus consecuencias en esta esfera de prerrogativas, para luego sí, una vez conseguido lo predicho, poder establecer las relaciones deseadas entre las características de la tipología de lesión y el derecho conculcado, dentro del esquema que compone el núcleo del presente trabajo.

Es interesante observar como el daño se transforma, conforme al enfoque metodológico que aquí se propone, en el tamiz adecuado para obtener una radiografía de los derechos bidimensionales, ya que al identificar qué es lo que se lesiona estamos describiendo a cada una de esas dimensiones que el objeto reviste. Más que el daño en sí mismo, lo que aquí se busca es certificar el efecto materializador que su impacto adquiere sobre las órbitas de alcance que el bien jurídico lesionado posee, en un intento de dar fundamentación debida a la hipótesis de trabajo y de brindar, ahora sí, un aporte desde una óptica diferente a los esquemas de responsabilidad civil existentes.

Esta tarea emprendida no escasea en dificultades, pero cuenta con cierto anclaje en tendencias que ya se encuentran en vías de desarrollo en la materia, por lo que su éxito o fracaso dependerá, en gran medida, del grado de profundidad alcanzada en la faena investigativa. Por ello es muy importante, y necesario, el tratar de exponer, sin mezquindad, una semblanza lo más abarcativa posible sobre el estado de la ciencia al momento de estar redactando estas líneas, para poder, desde allí, extraer aquellos elementos que abonen las posturas aquí reseñadas.

En conclusión, la invitación realizada en el presente capítulo girará en torno a la indagación de cuáles son las nuevas fronteras que asume el esquema de responsabilidad civil en su relación con los derechos de incidencia colectiva en general, y una de sus categorías en particular, más la misión de establecer qué tipología de daños, en sentido amplio, se asocia al modelo propuesto por la Tesis de derechos bidimensionales, dadas sus especiales características. Hecho el introito al tema, y explicitados sus principales objetivos, se da por comenzado, a continuación, el desarrollo propuesto.

b. La “Constitucionalización” del Derecho civil

Existen ocasiones en las que intentar explicar o describir un fenómeno se torna una tarea compleja, sobre todo si lo que se pretende, en verdad, es relacionar a ese fenómeno con las cuestiones que se vienen tratando en este trabajo. El tema de marras viene siendo materia debatida por la doctrina desde hace bastante tiempo, lo cual presupone una ventaja para esta indagación ya que elementos de juicio, y posicionamientos respecto a ellos, abundan. Por ello es que el crédito en los parámetros de vinculación que se obtengan en este punto se lo llevará una construcción doctrinaria y jurisprudencial que excede ampliamente lo que aquí se pueda agregar, quedando bajo la responsabilidad de este análisis el poder demostrar, con todos estos elementos a la mano, que el proceso de Constitucionalización permite advertir, con claridad meridiana, la posibilidad de elevar el esquema de Responsabilidad Civil al catálogo abarcativo de prerrogativas que establece la Carta Magna, brindando una nueva cosmovisión del daño y sus consecuencias, así como de las implicancias que guarda, en general, esta mirada más organicista del Derecho.

Lo primero que es preciso asentar, a fin de obtener una comprensión acabada de lo que aquí se plantea, es que, tal como refiere Heredia (2007), el plexo normativo constitucional y el Derecho positivo pertenecen a dos evoluciones culturales totalmente diferentes. El propio autor citado arriesga como teoría al respecto, que quizás la explicación de la profundidad de esta disimilitud evolutiva se visibilice, aún más, en la diferente estabilidad que ha tenido un esquema respecto del otro. Si se toma, por ejemplo, la incolumidad casi absoluta de la que ha gozado el Código Civil a través del tiempo, y se compara esto con los ciclos reformistas que han acompañado a la Constitución, habrá coincidencia con Heredia en que la estabilidad, contrapuesta con los cambios prohijados por la contingencia, ha resultado ser, claramente, un rasgo distintivo que terminó alimentando, inclusive, las vicisitudes en las que abrevó la cultura jurídica del Derecho Privado en su *iter* evolutivo. Vale agregar que estas culturas diferentes se hallan, además, entronizadas en los propios cimientos de las áreas bajo análisis. Ya se ha profundizado sobre las fuentes en las que abrevaron tanto los constituyentes, como el Dr. Vélez Sarsfield en la redacción de su obra, por ello no se estima necesario

sobreabundar en esto, pero si resulta interesante remarcar que es allí, en las propias Fuentes que brindaron inspiración tanto a unos como a otro, en donde se plasma, de manera notoria, esta diferencia de culturas jurídicas de la que habla el autor precitado. A riesgo de sonar como reduccionista, podría decirse que mientras la historia constitucional se enlaza fuertemente con el ensayo constituyente Norteamericano, otras han sido las musas institucionales que hubo de atender el Dr. Vélez en su majestuosa obra, tal y como es el Código Civil de la Nación.

Una de las principales consecuencias que acarreó este desarrollo disímil es aquella que la Dra. Kemelmajer de Carlucci (2001) describe como la concepción que dominó al derecho constitucional decimonónico, que no es otra que la basada en la idea de que la constitución operaba como una especie de dique de contención ante el avance del poder estatal sobre los derechos individuales, proveyendo las herramientas necesarias para garantizar el pleno goce de las libertades del hombre por sobre esas potenciales restricciones factibles de ser perpetradas por el Estado. Por otro lado, la injerencia cultural tradicionalmente percibida en el ámbito del derecho Civil no hizo más que mantener vivo el

...debate auténtico, mantenido entre dos colosos de nuestra historia jurídica: Alberdi y Vélez Sarsfield. El primero le recriminaba al segundo que el CC no había tenido en cuenta —o, en palabras más coloquiales pero elocuentes, le había dado la espalda— a la Carta Magna... (Herrera, Caramelo, 2015, pp.6)

Son más que ilustrativas las palabras del Dr. Alberdi respecto a que “...No puede la Constitución política ir hacia el sur, y el Código Civil hacia el norte...” (Herrera, Caramelo, 2015, pp.6) en clara alusión a las profundas diferencias que rodeaban a ambas instituciones. El Derecho Privado, entonces, se centró en el individuo como sujeto de derechos, y en sus relaciones con otros individuos, sin desconocer la jerarquía del sistema constitucional pero manteniendo prudente distancia, y sosteniendo, sobre todas las cosas, a un verdadero subsistema parapetado en el concepto de *legalidad*.

Este contrapunto entre *legalidad* y *constitucionalidad*, por darle una denominación a ambos, se vería profundamente conmovido por la inteligencia jurisdiccional, primero, por las elaboraciones doctrinarias que nunca abandonaron el debate al respecto, después, y por la recepción legislativa, como última escala de ese recorrido.

Vale la pena establecer dos especies dentro de este género de culturas contrapuestas que se irán encontrando, tal y como es, en primer término, la visión que *asciende* al Derecho desde el terreno de la *legalidad* al de la *constitucionalidad* (Kemelmajer de Carlucci, 2001) el cual permite apreciar, como enseña Heredia (2007), la efectiva colocación de la Carta Magna en un plano de superioridad dentro de un sistema orgánico, eliminando los vestigios de una suerte de reverdecimiento constitucional que la alejó de la aplicación cotidiana del Derecho. Esta tendencia se vio apuntalada, como señala el propio autor precitado, por una actividad desplegada desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de cuantiosos decisorios, cuya finalidad fue proteger, de manera manifiesta, esta supremacía efectiva.

En segundo término, y también como especie del fenómeno *constitucionalizador*, se encumbra una profunda ampliación del catálogo de derechos reconocidos a la persona, sobre todo desde la innegable contribución, en tal sentido, que importó la reforma constitucional de 1994 que, como se ha expresado en el primer capítulo de esta obra, introdujo un nuevo esquema de prerrogativas y principios enriquecidos por el sistema convencional internacional de Derechos Humanos, entre otros, más la adquisición de una mirada tanto transindividual, como pluriindividual de los mismos, a través del instituto tuitivo de incidencia colectiva. Ello ha tenido un notable efecto sobre la concepción tradicional que de los derechos subjetivos se sostenía en el ámbito del Derecho privado ya que, como se ha dicho, ha venido a ampliar su contenido y a enriquecer a “...los pilares o las ideas cardinales que sirven de base para agrupar sistemáticamente todo lo que constituye el contenido de la parte general del Derecho Civil...” (Buteler Cáceres, 2000, pp.53). En tal sentido, se podría decir que, en definitiva, “...Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico...” (Andreu, F., 2014, pp.102) que, aún en sus últimos estertores, seguía mostrando su reticencia a esta incorporación de prerrogativas.

Todo lo antedicho ha permitido, además, *reinterpretar* el plexo normativo – constitucional como un sistema de derechos no sólo oponibles al Estado, sino ya con *efectos horizontales* que habilitan a su oponibilidad entre particulares (Kemelmajer de Carlucci, 2001).

Como resumen de lo expuesto resulta más que elocuente el cuadro de condiciones que ha propiciado esta *Constitucionalización* del Derecho Privado según Paolo Comanducci, cuyo esquema ha sido reproducido textualmente por Heredia (2007), y que se trae aquí a colación a fin de iluminar el punto en desarrollo. El mismo es definido por el autor de la siguiente manera:

...1) La existencia de una constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; 2) La garantía jurisdiccional de la constitución; 3) La fuerza vinculante de la constitución (que no es un conjunto de normas “programáticas” sino “preceptivas”); 4) La “sobreinterpretación” de la constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; 6) La interpretación adecuadora de las leyes; 7) La influencia de la constitución sobre el debate político... (Heredia, 2007, pp.21)

Sin dudas que el colofón de este proceso, en el ordenamiento interno, lo constituye la consagración normativa del mismo a través del Art. 1 del nuevo Código civil y Comercial de la Nación³, cuya entrada en vigencia quedó fijada para el 1 de Agosto del año en curso en virtud de la Ley promulgada a tal efecto⁴. El artículo precitado queda redactado de la siguiente manera:

...ARTÍCULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho...⁵ (el subrayado me pertenece)

Es importante poner en relieve los fundamentos que han guiado a esta consagración normativa, ya que la taxatividad asumida a través de la fórmula descripta implica, como se veía en las apreciaciones de los autores que han sido seleccionados en el punto, un cambio sustancial en el ámbito del Derecho Privado.

³ Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

⁴ Ley N° 27.077, “de modificación de la Ley N° 26.994”, (18/12/2014).

⁵ Art. 1º, Título Preliminar, Código civil y comercial de la República Argentina.

...de este modo, la aludida “constitucionalización del derecho privado”, además de ampliar —de manera humanizada— el horizonte del derecho privado, interpela a los operadores jurídicos a profundizar y extender el conocimiento a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales extra civiles y comerciales, interpretando de manera permanente si la legislación infraconstitucional respeta reglas, principios y valores de derechos humanos, y a la par, cómo debe ser la labor interpretativa ante las lógicas lagunas del derecho, sobre todo ante una sociedad que cada vez es más dinámica... (Herrera, Caramelo, 2015, pp.11)

Hasta aquí se ha profundizado acerca de lo que importa la *constitucionalización* en el marco del Derecho Privado en general, corresponde ahora analizar su impacto en el ámbito de la responsabilidad civil, ya que este proceso, que hoy se traduce en clave normativa, obedece a una evolución llevada a cabo por nuestros tribunales, quienes a través de la consagración del principio de reparación plena e integral, han elevado la vara conceptual del Derecho de daños.

Conforme a la distinguida opinión del Dr. Ramón Pizarro en uno de sus trabajos académicos

...el cambio más importante que se advierte en el tema que nos ocupa en los últimos treinta años, anida en derredor del emplazamiento del derecho a la reparación como derecho constitucional, lo cual da un prisma completamente distinto a nuestra problemática y genera nuevos enfoques que merecen ser analizados... (Pizarro, R., Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba)

Haciendo clara referencia a uno de los temas que motivó la preocupación y el examen dentro del mundo del Derecho en torno al ámbito de la responsabilidad civil a partir de los años 80. Esta preocupación emergente fue corporizándose en una serie de Fallos de la CSJN que pasaron a conformar la guía interpretativa de esta nueva realidad jurídica.

En efecto, la Corte comenzaría a transitar el sendero aludido con el trascendente decisorio “*Santa Coloma*” que sentaría las bases del reconocimiento a la reparación plena e integral del daño en el marco constitucional. Diría el tribunal en aquel fallo que

*...La sentencia apelada lesiona el principio *Alterum non Laedere* que tiene raíz constitucional (art.19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser*

*afianzada por el Tribunal dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna...*⁶

Tal criterio sería reafirmado en “*Gunther*”⁷, en el que el cimero tribunal adunaría que

*...Los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *Alterum non Laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica...*⁸

Llegando a su punto culmine *in re* “*Aquino*”⁹, en el cual la Corte declara la inconstitucionalidad del ya derogado¹⁰ art. 39 inc. 1° de la Ley de riesgos laborales¹¹, al expresar que el predicho artículo, al pretender eximir de responsabilidad civil al empleador frente al daño sufrido por el trabajador, no hacía más que ir en contrasentido con el principio de justicia social ínsito en los pilares constitucionales patentizados por el principio de reparación plena e integral.

Este racconto viene a poner en Autos sobre el verdadero sentido que asume el principio de reparación plena e integral del daño dentro del ordenamiento jurídico, pero además, hace las veces de introducción al ámbito de desarrollo de otro de los aspectos que la *constitucionalización de la Responsabilidad Civil* implica, tal y como es la ya mencionada *horizontalidad en la oponibilidad de prerrogativas amparadas constitucionalmente* (Kemelmajer de Carlucci, 2001).

⁶ C.S.J.N., *Id Infojus: FA86000420, (05/08/1986), Consid. 7°.*

⁷ C.S.J.N., “*Fernando Raúl GUNTHER c/ ESTADO NACIONAL (EJERCITO ARGENTINO) s/ RECURSO EXTRAORDINARIO*”, *Id Infojus: FA86000415, (05/08/1986).*

⁸ C.S.J.N., *Id Infojus: FA86000415, (05/08/1986), Consid. 14°.*

⁹ C.S.J.N., “*Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*”, *Id Infojus: FA04000197, (21/09/2004).*

¹⁰ *Confr. Art. 17, punto 1 de la Ley N° 26.773, “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, (25/10/2012).*

¹¹ *Ley N° 24.557, “Riesgos del Trabajo”, (03/10/1995).*

Resulta innegable percibir que esta *elevación* al ámbito constitucional del Derecho de la Responsabilidad Civil o, visto desde otro ángulo tal como lo observa la Dra. Kemelmajer de Carlucci (2001), la oponibilidad *horizontal* de derechos amparados constitucionalmente dentro del marco del Derecho Privado, han impulsado a dos cambios fundamentales; en primer lugar, y producto de la propia dinámica de *elevación* a la que se hacía referencia, ha acaecido lo que Heredia (2007) denomina como una suerte de crisis del esquema de responsabilidad civil tradicional, que ha venido a dar a luz a una nueva concepción que pone al hombre en el centro de la preocupación del Derecho, propiciando, ergo, la necesidad de elongación del marco de responsabilidad ante el daño injustamente sufrido.

En segundo término, aparece de manera notoria la recategorización del catálogo de prerrogativas jurídicas amparadas, de manera efectiva, por el ordenamiento, con nuevos alcances y perspectivas que invitan, a partir de su consideración como derechos pasibles de ser afectados por los llamados *efectos horizontales* (Kemelmajer de Carlucci, 2001) materializadores del daño en el ámbito de los particulares, pero además, con la posibilidad de proyectar socialmente esas consecuencias. Dentro de este contexto, se encumbran las perspectivas de Derechos humanos y de incidencia colectiva adunados a la Carta Magna a partir de 1994, que han significado, sin lugar a dudas “...una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos...” (Herrera, Caramelo, 2015, pp.6), más la nueva agenda, plasmada constitucionalmente, de garantías jurídicas y jurisdiccionales que propenden a la protección efectiva de la colectividad, el grupo, o la sociedad ante el daño acaecido, con sus consecuentes repercusiones privatistas (Heredia, 2007).

Es decir que este nuevo esquema de derechos se torna oponible ante el daño en el ámbito privado aún sin estar expresamente contemplados dentro del marco de la *legalidad*.

...En otras palabras, esta doble fuente suprema constitucional-convencional, constituye un bloque normativo e interpretativo de máxima jerarquía que sienta las bases y, a la vez, condiciona toda regulación o solución jurídica que se le otorgue a los conflictos socio-jurídicos... (Herrera, Caramelo, 2015, pp.8).

En virtud de estas dos aristas, la Dra. Kemelmajer de Carlucci (2001) advierte, en un trabajo académico que fuera publicado por la Revista Chilena de Derecho, ciertas consecuencias prácticas que resulta muy oportuno citar a fin de ilustrar, aún más, el tema que aquí se viene desgajando. La eminente jurista Mendocina expresa que esta constitucionalización conlleva a dos importantes consecuencias prácticas; la primera de ellas radica en la labor interpretativa del Juez al momento de la valoración de la responsabilidad, ya que va de suyo que “...la violación de lo establecido por la constitución asume una gravedad superior a la violación de la ley común...” (Kemelmajer de Carlucci, 2001, pp.673).

La segunda consecuencia práctica apuntada por la autora tiene que ver, en términos genéricos, con la carga de la prueba ante el daño a derechos constitucionalmente amparados, y específicamente con las llamadas *cargas probatorias dinámicas*, ya que como bien apunta la jurista, una persona puede titularizar prerrogativas de suma relevancia, pero si no consigue probar su pretensión dentro del proceso, la efectiva titularidad de esos derechos caerá en saco roto. Por ello, si el sujeto damnificado se encuentra imposibilitado de probar sus extremos pretensivos, es el sistema jurídico el que debe aportar una respuesta satisfactoria, a fin de prestar auxilio ante tal debilidad, máxime si se toma en cuenta que lo que aquí debe priorizarse es el efectivo ejercicio de las prerrogativas constitucionalmente reconocidas. Lo predicho se materializa a través del criterio que permite admitir que la carga probatoria recaiga sobre aquél que se encuentre en mejores condiciones como para hacerla efectiva. En definitiva, de lo que aquí se trata, como define en su postura a quien se viene citando, es de lograr alcanzar un efectivo equilibrio entre la cobertura brindada por el derecho sustancial y el proceso, ya que si éste se despliega como un conjunto de obstáculos y barreras probatorias ante quien se encuentra, fácticamente, en una posición de inferioridad, el reconocimiento de esa prerrogativa jurídica resultará ilusoria.

En pocas palabras

...si el Derecho Civil pudo asumir tiempo ha una suerte de publicización y una dimensión social de los derechos, aun antes de la reforma constitucional, no es dudoso que esas dimensiones se han repotenciado hoy por la estructuración, como cúspide, de un bloque supremo, al que debe atenerse todo el ordenamiento jurídico... (Heredia, 2007, pp.39).

Basta observar, para finalizar, como toda esta concepción que se ha venido revisando termina de plasmarse en el nuevo cuerpo normativo de Derecho Privado. En efecto, sus fórmulas jurídicas aparecen plagadas de ejemplos que abonan la expresión de la cosmovisión predicha. Entre ellos, además de la regla interpretativa del Art. 1 ya citada, y de otros artículos que serán analizados oportunamente cuando se examine lo atinente al daño a derechos de incidencia colectiva en general, a los derechos individuales homogéneos en particular y a los que resultan objeto de la propuesta de trabajo en el marco de este nuevo código, son dignos de resaltar tanto el Art. 1716¹² que consagra el principio *Alterum non Laedere* de manera expresa, más lo dispuesto por el Art. 1740¹³ de idéntico cuerpo legislativo, que entroniza el principio de reparación plena como consecuencia necesaria ante el daño.

Lo antedicho configura una mera ejemplificación de esta efectiva constitucionalización del Derecho Privado en general, y del Derecho de Daños en particular, a la que hoy estamos asistiendo, pero ello no implica, como se verá oportunamente, que este proceso haya llegado a su destino, o haya, siquiera, agotado sus potencialidades. La necesidad de continuar profundizando este camino encuentra sus argumentos favorables en dos aspectos, el primero de ellos, una realidad social que ha modificado las calidades adosadas al hombre como sujeto de derechos, lo cual

...significa ver al hombre en su calidad de habitante, de vecino, de víctima de daños, como usuario o consumidor, como cliente bancario, como portador de dignidad, de intimidad, de honor, de propia imagen. Y todos estos valores que impregnan el derecho constitucional y éste los difunde necesariamente –como postulados de inexcusable observancia, especialmente para los jueces- en el orden jurídico todo... (Heredia, 2007, pp.38)

¹² “ARTÍCULO 1716.- Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.” Cód. Civil y Comercial de la Rep. Arg., Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹³ “ARTÍCULO 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.” Cód. Civil y Comercial de la Rep. Arg., Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

El otro aspecto estará signado por el objetivo último de conciliar a esas dos culturas diferentes de las que se hablaba al comienzo de este punto. La correspondiente al desarrollo histórico del plexo constitucional, con la consiguiente construcción del Derecho Privado. La finalidad de ello, en definitiva, será abonar la idea de concebir al ordenamiento jurídico como un todo orgánico, y vivo en su efectividad operativa, dejando de lado aquella concepción que pretendió plasmar un enfoque de gabinetes estancos, sin demasiados vasos comunicantes a la hora de su aplicación práctica.

En los acápites siguientes, se intentará continuar indagando las cuestiones que rodean al Derecho de daños desde esta perspectiva que aquí se ha descrito, tratando de sumar a esa integralidad mencionada nuevos aspectos que van surgiendo como emergentes de los desafíos que hoy se plantean como materia de debate.

c. El daño a derechos de incidencia colectiva en general y a derechos individuales homogéneos en particular

Corresponde adentrarse ahora en el estudio de algo que ha sido denominado, en otra sección del presente trabajo, como el punto de impacto que permite, en sentido amplio, darle visibilidad a los rasgos identificativos más salientes del tipo de prerrogativas bajo análisis. El daño viene a corporizarse, bajo esta conceptualización, como el elemento que, bajo ciertas circunstancias, corrobora los extremos de proyección transindividual, o pluriindividual, que asumen estas categorías consagradas constitucionalmente ante las consecuencias de su menoscabo.

Lo primero a indagar en torno a esta cuestión es el establecer la diferenciación, de género a especie, entre el daño o lesión en sentido amplio, y el daño en sentido estricto, o daño resarcible, algo que ha sido definido por los eminentes Pizarro y Vallespinos (1999) en su obra como aquella “...consecuencia de la acción que causa el detrimento...” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.639), o sea, como la consecuencia perjudicial o menoscabo que se encumbra como uno de los presupuestos principales de

la responsabilidad civil y que, además, viene a configurarse como el efecto resarcible de la lesión.

Como señalan los aludidos autores, existe entre la lesión, que se identifica con toda “...ofensa o lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial...” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.639) y que, por ende, engloba a toda acción u omisión ilícita susceptible de irrumpir en la esfera de derechos ajenos (Pizarro, Vallespinos, 1999) y el daño resarcible antes reseñado, una relación de “...causa a efecto...” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.640), que pone de manifiesto la necesidad, ante la afectación en concreto, de calificar y cuantificar esa *consecuencia* a fin de propiciar una reparación plena e integral de aquello que haya sido conculcado.

En cuanto a este *efecto* que produce las consecuencias resarcitorias antes mencionadas, la doctrina ha planteado una serie de requisitos, o presupuestos, que permiten identificar su configuración. Estos caracteres han sido, tradicionalmente, la vara de calificación del daño resarcible, caracterizado por el Código Civil de Vélez Sarsfield¹⁴ como aquél “...perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria...”¹⁵, además de constituir sus cualidades intrínsecas.

Conforme lo sostenido por los Dres. Pizarro y Vallespinos (1999) en su obra, el daño, para ser resarcible, debe ser *cierto*, siendo así toda vez que “...cualitativamente resulta constatable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud...” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.649); debe ser *personal* (aunque ello no implique, necesariamente, exclusividad), lo cual significa “...que sólo la persona que sufre el perjuicio patrimonial o moral –de manera directa o indirecta- puede reclamar su resarcimiento...” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.654); y debe, además, configurarse como la *lesión a un interés no ilegítimo del damnificado*, tanto en la esfera patrimonial, como extrapatrimonial, algo que despierta cierta controversia entre quienes adhieren a la idea de que esta condición se cumplirá toda vez que se produzca “...la lesión a un derecho subjetivo o a un interés jurídicamente protegido...” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.656), es decir que, bajo esta corriente de

¹⁴ Código Civil de la República Argentina, Ley N° 340, (25/09/1869).

¹⁵ Art. 1.068, Cód. Civ. De la Rep. Arg., Ley N° 340, (25/09/1869).

pensamiento, sólo quedaría alcanzada aquella lesión que afectara a prerrogativas e intereses previamente regulados por el Derecho y expresamente reconocidos, y quienes, entre ellos los autores citados, se inclinan por una postura más flexible, sosteniendo que será “...suficiente una lesión a un interés o expectativa, patrimonial o espiritual, no reprobado por el derecho, esto es, a un simple interés de hecho no ilegítimo...” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.657-658) como para configurar el mentado presupuesto de daño resarcible. Esta última visión pretende ampliar el marco de protección ante minoraciones tanto en lo patrimonial, como en lo extrapatrimonial, que impactan sobre la esfera de los simples intereses no repugnados por el ordenamiento, y que exceden, ergo, el más reducido ámbito de los derechos subjetivos (Pizarro, Vallespinos, 1999).

No obstante que lo predicho configura el cartabón indispensable para la conceptualización del daño resarcible, según se verá a continuación, Algunas tipologías de afectación de prerrogativas, como las que dan título al presente acápite, han venido a poner en clave de debate a esta perspectiva tradicional, ya que sus extremos se ensanchan en cuanto al radio de cobertura de los ya mencionados rasgos.

Tal como se ha visto en la casuística recorrida a través de diferentes fallos (“*Labatón*”, “*Viceconte*”, “*Asociación Benghalensis*” y “*Halabi*”, entre otros) que han signado la jurisprudencia nacional en materia de la tipología de derechos incorporados a la Carta Magna a partir de la reforma y que, si bien no se podía predicar en muchos de ellos la constatación del daño jurídico por acción u omisión que fijaba en su letra el Código Civil de Vélez¹⁶ ya que, el mismo, dejaba expedita sólo a la tutela resarcitoria manifestada a través del nacimiento de un derecho subjetivo a perseguir la reparación del detrimento ante quien fuere responsable¹⁷, resultando ello motivo más que suficiente como para encontrar, de alguna forma, que ante afectaciones cuya proyección excediera el plano individual, ya sea por la categoría de los bienes en juego, ya sea por las circunstancias de la lesión, se impusiera la posibilidad de echar mano a herramientas que permitieran la efectiva protección de intereses y prerrogativas pluriindividuales o

¹⁶ “Art. 1.068. Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.”, Cód. Civ. De la Rep. Arg., Ley N° 340, (25/09/1869).

¹⁷ Arts. 1109,1113 y ccdtes. del Cód. Civ. De la Rep. Arg., Ley N° 340, (25/09/1869).

transindividuales, en las que tanto el comprobar los extremos dañosos, como *distribuir* las consecuencias del mismo, resultaba imposible o de muy difícil aplicabilidad. Es por ello que el instrumento habilitado constitucionalmente¹⁸ del amparo colectivo vino a abrir la puerta ante un tipo de emergencia conflictual que, muchas veces, requería de desactivar su potencialidad lesiva *ex ante*, dada la relevancia de los bienes pasibles de ser menoscabados, o de restituir un derecho conculcado, o de aportar, como se observa *in re "Labatón"* por ejemplo, una solución estructural a fin de reparar el daño a un grupo o comunidad determinada o determinable.

La emergencia de nuevas tipologías conflictuales como las antes referidas, que se desplegaron dentro del marco socio-jurídico a finales del siglo pasado, impulsaron la necesidad de readecuar la cosmovisión del derecho de manera integral, y no sólo en materia de responsabilidad civil, tal cual se ha venido observando a través del desarrollo vertido en puntos anteriores. Estas nuevas formas de dañosidad que, según Pizarro y Vallespinos (1999), se enlazan al desarrollo tecnológico e industrial acaecido en las postrimerías del siglo XX, encontrando allí los mecanismos como para alcanzar, en sus efectos lesivos, a miles de personas, en diferentes lugares, e incluso, en diferentes tiempos, vinieron a mostrar nuevas fronteras tanto en materia de consideración de los efectos del daño propiamente dichos, como de aquello que importa la evitación del mismo y su restitución al estado previo a la afectación, repercutiendo, de esa manera, en el esquema de responsabilidad civil aplicable a cada caso. Estos autores concluyen que

...esta moderna forma de dañosidad proyecta sus efectos sobre los presupuestos del daño resarcible y, en particular, sobre la personalidad del perjuicio. Y ha determinado que se proclame la necesidad de elastizar su contenido a fin de posibilitar, con mayor flexibilidad, una adecuada prevención y reparación de daños... (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.656)

Esta necesidad de amplificar la protección ante el menoscabo obedece, en gran medida, a la imperiosa realidad que asume, en la hora actual, el colocar al ser humano, y todo aquello que indispensablemente le rodea, en el centro de las preocupaciones cardinales del Derecho (Sagarna, 2013). Lo antedicho permite colegir, entonces, que la *prevención del daño*, sobre todo en materia de afectación a derechos de incidencia colectiva en general se viene a configurar como un verdadero "*...derecho a la evitación*

¹⁸ Art. 43, 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

del daño, que se emplaza EX ANTE, tratando mediante la adopción de medidas de prevención, impedir la consumación del daño...” (Cafferatta, 2014, pp.16). Esta definición encuentra un buen desarrollo ejemplificativo en el marco del derecho ambiental que, como bien señala este autor, ha sido consagrado legislativamente mediante la ley de presupuestos mínimos en la materia¹⁹, sobre todo en lo tocante a los alcances específicos de esta función. No obstante el ejemplo específico, en términos genéricos el principio de prevención ha encontrado proyección en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina que, a través de su Art. 1710²⁰, fija los extremos atinentes al deber de evitación, y el correlativo derecho que de ello se desprende, que pesa sobre toda persona en cuanto a no ocasionar un daño, tomar las precauciones necesarias para que el mismo no acontezca, o no agravarlo.

Ello se relaciona, además, con que en la dinámica lesiva en el más amplio sentido que, a menudo, se corrobora en materia de prerrogativas con proyección pluriindividual o transindividual, se impone la necesidad de adunar el criterio de *reparación plena e integral*²¹ de rango constitucional²² dada la preponderancia de los bienes jurídicos en juego. En ello subyace el protagonismo que asume este

...pensamiento moderno, que procura una solución ex ante en vez de una respuesta ex post como la que tradicionalmente se daba mediante la indemnización de un perjuicio ya producido; de no ser así, “ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar”... (Aguar; Alterini, 1998)

El debate en torno a la perspectiva tradicional del daño ya no quedará circunscripto a la consecuencia del detrimento y su reparación pecuniaria, sino que, en función de las

¹⁹ Ley N° 25.675, *Ley General del Ambiente*, (27/11/2002).

²⁰ “ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo.” *Cód. Civil y Comercial de la Rep. Arg.*, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

²¹ C.S.J.N., “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, *Id Infojus: FA04000197*, (21/09/2004).

²² “Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”, *Const. Nac. Arg.*

características que asumen algunas tipologías de afectación de prerrogativas, como las que dan título al presente acápite, éste pasará a ser un aspecto subsidiario, adquiriendo el máximo protagonismo aquella noción de que existe, en la naturaleza de la lesión a estos *nuevos derechos* incorporados a nuestro sistema constitucional a partir de 1994, una dinámica tipificante que le es propia, y que resulta más abarcativa que el tamiz calificador sólo circunscripto a la tutela resarcitoria antes descripta, obligando a ensanchar el radio de cobertura en cuanto a su protección efectiva.

Comienza, entonces, a asomar el carácter atípico que asume la dinámica del daño a esta categoría de derechos, ya que, como apunta Cafferatta (2014), termina por poner en “*aprietos*” a la respectiva teoría. Es que las categorías bajo estudio requieren, en pos de su protección, el “*...internarse en zonas grises, llenas de dudas técnicas y finalmente, jurídicas...*” (Cafferatta, 2014) que, en definitiva, se tornan lejanas a las pacíficas aguas de la certidumbre que prohijara la concepción tradicional, más concentrada en el aspecto resarcitorio como principal solución ante la lesión. Corresponde, entonces, indagar acerca de las particularidades que asume, ahora, el daño en el ámbito de los derechos de incidencia colectiva a fin de cotejar, allí, aquellas distinciones que merecen ser destacadas. Para lograr tal finalidad, tal y como es la de exponer una coherente conceptualización del tema, se utilizará aquí el hito ejemplificador que importan, para la presente área de desarrollo, tanto lo aportado por el derecho ambiental, así como los avances en materia de derechos de usuarios y consumidores. Como se observará oportunamente, ambas esferas jurídicas han ido sumando material abundante como para el análisis en cuanto al daño a prerrogativas con implicancias en lo colectivo. No será cuestión de circunscribir el tema a estas tipologías jurídicas, sino de observar, a partir de ellas, la omnipresencia que pueden asumir sus caracteres.

Se han ido abordando ya las características específicas que enmarcan a las prerrogativas con proyecciones tanto transindividuales, como pluriindividuales, por lo que no será necesario el redundar en tales criterios. Si es importante el volver a mencionar que, bajo los parámetros conceptuales seguidos en el marco del presente trabajo, resulta factible el clasificar a los bienes pasibles de afectación entre *bienes colectivos* propiamente dichos y aquellos que se pueden *colectivizar* en virtud de su

homogeneidad fáctica y/o normativa, como es el caso de los derechos referentes a intereses individuales homogéneos (Maurino, Nino y Sigal, 2005; Lorenzetti, 2010).

Cuando el daño recae, o es pasible de recaer, sobre bienes colectivos propiamente dichos, como en el caso de las afectaciones al medio ambiente, por tomar como ejemplo a un área jurídica que, como se mencionara en párrafos previos, encuentra mayores avances regulatorios dentro del sistema normativo, asumirá la fisonomía de una lesión que impacta y proyecta sus efectos de manera indivisible, integral, ya que el menoscabo al bien que posee tales características resultará insusceptible de fragmentación individual. Es decir que, siguiendo los ejes de los requisitos del daño antes explorados, no se podrá predicar como condición intrínseca de este tipo de lesión que la misma sea de apropiación personal, y mucho menos que el interés comprometido pueda encontrar sus límites en la esfera de inquietud afectada individualmente y excluyente del interés general, sino que se ingresa aquí en el ámbito de intelección que propone que esta clase de afectación se concentra en la lesión a un *interés difuso*, entendido éste como aquello que importa a toda la comunidad en virtud de un factor o situación común desencadenante del menoscabo (Lorenzetti, 2010).

En lo tocante a la cuestión alrededor de la certeza del daño en estos casos es en donde se hallarán, quizás, los mayores distinguos, ya que aquí la noción de daño en sentido estricto elonga sus fronteras, no quedando subsumido sólo a la idea resarcitoria, anclada en el daño ya acaecido e irreparable, y que ahora se entroniza como una forma de solución subsidiaria, sino que además, se le adosan los criterios tendientes a la prevención del daño futuro, también visto desde la perspectiva del daño intergeneracional y asociado al concepto de la lesión que, probablemente, ha de producirse, más la recomposición sobre las consecuencias del daño ya causado, como elemento hábil de desactivar los efectos lesivos actuales (Lorenzetti, 2010). Sobre estos dos últimos aspectos, es interesante el concepto aportado por Arturo Caumont, quien expresa, intentando echar luz sobre el tema, que

... la valoración jurigenética de las conductas de prevención y de precaución desde que una relevante gama de daños contemporáneos afloran con significativa distancia geográfica y/o temporal respecto del momento del comportamiento que inicia su proceso de gestación en ralenti y desde que, asimismo, la complejidad de determinados productos -y aún servicios- que se elaboran en la actualidad torna difícil a ultranza la gobernabilidad cabal de los riesgos a su respecto. En tal contexto, el Derecho

de Daños es en la actualidad escenario de requerimientos de conductas pro activas de anticipación tendientes (ex ante damnum) a la evitación de perjuicio y prevalentes respecto de las conductas tradicionalmente exigidas para repararlos (obviamente ex post facto de su acaecimiento que, por lo que viene de expresarse, pudo haber sido evitado mediante las preindicadas conductas preventivas y precautorias)... (Caumont, 2013, pp.62-63)

Tributario de esta postura, se entroniza en nuestro país el *Leading Case* “*Mendoza*”²³, a través del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó estos parámetros o requisitos aquí repasados. En efecto, el supremo tribunal llevó adelante lo que el Dr. Lorenzetti denomina como “...una suerte de proceso ambiental expedito atípico...” (Lorenzetti, 2010, pp.49) en el que, anclando sus extremos interpretativos en los presupuestos fijados por la Ley N° 25.675²⁴, planteó las particularidades que asume lo atinente a los requisitos del daño ambiental como lesión de incidencia colectiva. Así las cosas, y coherentemente con la legislación precitada, el relevante decisorio exalta, en sus considerandos, la necesidad de distinguir, como primera medida, lo que es la afectación al bien colectivo *ambiente* de lo que es la lesión a bienes individuales que se puedan ver afectados de manera indirecta y no sujetos al examen jurisdiccional de marras. Siendo ese el motivo por el cual la sentencia avanza sobre lo primero, estableciendo que ello

*...tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente (fs. 75/76). En este supuesto los actores reclaman como legitimados extraordinarios (arts. 41, 43 CN., y 30 ley 25675) para la tutela de un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, ya que primero corresponde la prevención, luego la recomposición y, en ausencia de toda posibilidad, se dará lugar al resarcimiento (art. 28 ley 25675)...*²⁵

La corte presenta, entonces, una delimitación palmaria sobre los extremos a tener en cuenta en este tipo de lesiones, que son diferenciables de aquellos detrimentos sufridos, dentro de la esfera individual, por cada uno de los damnificados particulares, aun aunque, precisamente como el caso en examen, esos efectos lesivos fueran producto del mismo hecho causante del detrimento ambiental. Pero lo reseñado no agota los

²³ C.S.J.N., “*Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros*”, JA 2006-III-294, (20/06/2006).

²⁴ Ley N° 25.675, *Ley General del Ambiente*, (27/11/2002).

²⁵ C.S.J.N., JA 2006-III-294, (20/06/2006), *Consid.* 6.

argumentos vertidos por el cimero tribunal en “*Mendoza*”, sino que, a través de sus párrafos, irá encontrando los resultados expositivos que permiten dar forma definitiva a toda una doctrina en materia de daño medioambiental en particular, pero con implicancias o ramificaciones más que interesantes en cuanto a lesiones a derechos de incidencia colectiva en general.

Se tendrá, entonces, que los requisitos principales del daño en esta clase de supuestos vendrá a configurarse de la siguiente manera: a.- ya no se considerará sólo a la lesión actual y cierta, excluyente en la tutela resarcitoria, sino que, en virtud del valor prioritario y esencial que asume la protección integral del bien colectivo en juego, se dispensa la pertinente calificación del daño probable y futuro, en pos de desactivar las posibilidades de propagación de la afectación, la producción de efectos lesivos ulteriores, además de dejar abierta la factibilidad de recomposición del bien a su estado previo²⁶; b.- Al hablar de bienes colectivos, y por lo tanto, indivisibles, la esfera de apropiación personal de la prerrogativa se desvanece, básicamente, porque la mejora o degradación de tales bienes “...beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual...”²⁷ no pudiendo predicarse la exclusividad atribuible en el caso de derechos subjetivos afectados; c.- por último, es fácilmente observable que, en esta tipología de daño, el simple interés no ilegítimo afectado no es otro que el de la sociedad en su conjunto. En el ejemplo de marras, esto se vería representado por el interés general de goce y disfrute de todos los ciudadanos, e inclusive de generaciones venideras, del bien de que se trate, resultando correlativo el daño con el menoscabo de ese interés, dado el carácter *no distribucional* de sus cargas (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

En párrafos anteriores se marcaba que la voluntad de tomar como ejemplo cuestiones relativas al daño medioambiental como forma de indagar acerca de lesiones a derechos de incidencia colectiva en general, por lo menos en lo atinente a los requisitos que asume su calificación, responde a la posibilidad que brinda, para su mejor estudio, el hecho de que la materia se encuentre específicamente regulada. Es bueno hacer notar que, más allá de los niveles de suma trascendencia que la Corte Suprema de Justicia

²⁶ C.S.J.N., JA 2006-III-294, (20/06/2006), *Consid.* 18.

²⁷ C.S.J.N., JA 2006-III-294, (20/06/2006), *Consid.* 18.

Nacional alcanzó con el fallo que se acaba de analizar, hubo allí un cimiento constitucional y normativo que permitió el ir hallando tan certeras interpretaciones. Nada de lo expresado in re “*Mendoza*” hubiera sido posible de no haber contado, previamente, con un instrumento normativo como el de la Ley de presupuestos mínimos en materia ambiental, más la consagración del reconocimiento constitucional de tales prerrogativas.

En tal sentido, y a fin de proseguir con el estudio planteado, corresponde ahora el ingresar, de lleno, en los extremos normativos de la materia medioambiental, a fin de obtener un panorama claro de cuáles son las características principales que han sido reguladas en ese ámbito, y que podrán ser predicables, por lo menos como punto de partida posible, del daño en supuestos de afectación a derechos de incidencia colectiva en general.

La cláusula constitucional incorporada en 1994 que reconoce el derecho, y su correlativo deber de preservación, a un medio ambiente sano y equilibrado para el desarrollo humano²⁸ como una de las categorías de derechos de incidencia colectiva allí consagradas estableció, de manera taxativa, la necesidad de fijar una ley que contemplara los presupuestos mínimos en materia de daño ambiental. Precisamente, el Art. 41 del texto fundamental expresa que “...*El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley...*”²⁹ haciendo remisión directa al instrumento que vendría a incorporarse al esquema normativo en 2002, la Ley N° 25.675³⁰ y que, en su Art. 27 define al daño ambiental como “...*toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el*

²⁸ “**Artículo 41.**- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.” *Const. Nac. Arg.*

²⁹ Art. 41, PRIMERA PARTE, CAPÍTULO SEGUNDO, Nuevos derechos y garantías, Constitución Nacional Argentina.

³⁰ Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).

equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos... ”³¹ causada por todo hecho o acto jurídico, lícito o ilícito, que por acción u omisión sea capaz de producir tal efecto. Es bueno recordar, además, cuál será el contenido de los principios tanto precautorio como de prevención que el dispositivo regula de manera expresa en su Art. 4º, en el que establece que “...Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir...”³² en cuanto al segundo de los principios, y que “...Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente...”³³ en lo tocante al primero de ellos. Como colofón de este sistema especial de regulación del daño ambiental de enfoque constitucional (Lorenzetti, P., 2013) se encuentra lo dispuesto respecto a las consecuencias resarcibles propiamente dichas, algo que, a tenor de la relevancia que asumen los principios antedichos, pasa a tener carácter subsidiario. La fórmula plasmada en la Ley prescribe que

...En caso de que no sea técnicamente factible, [la evitación o la recomposición]...la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder...³⁴

Este microsistema que se acaba de exponer, y que forma parte de la estructura normativa en la materia, se configura como la base argumental más potable a la hora de hallar fundamento en letra legal de los parámetros o requisitos del daño a prerrogativas

³¹ ARTÍCULO 27, Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).

³² “ARTICULO 4º — La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: ... **Principio de prevención:** Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.” Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).

³³ “ARTICULO 4º — La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: ... **Principio precautorio:** Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.” Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).

³⁴ ARTÍCULO 28, Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).

con proyección colectiva. Ahora bien, esta especie de modelo replicable se verá complementada por otra área que, dentro de las ciencias jurídicas, ha gozado de cierto grado de desarrollo o, a decir de Stiglitz (2012), de una evolución siempre positiva, más allá de las discrepancias. Este proceso, tanto casuístico como normativo, permite, al igual que el ya repasado esquema de derecho medioambiental, su utilización referencial en cuanto a los requisitos que dentro de él se determinan. El área a la que aquí se refiere es la de defensa de consumidores y usuarios.

Si uno quisiera, a primera vista, identificar o circunscribir cuales son los derechos de incidencia colectiva incorporados a la constitución nacional de manera taxativa, rápidamente se inclinaría por mencionar tanto al derecho medioambiental como al relacionado con la protección de consumidores y usuarios. Y ello no responde a una elección caprichosa, sino que se plantea a partir de que ambas materias jurídicas se hallan específicamente reconocidas por sendos dispositivos de la Carta Fundamental. Respecto de la primer área mencionada, ya se han recorrido en el apartado sus extremos y su relación con el daño, mientras que, en lo tocante a la segunda esfera de derechos se puede advertir que, la misma, se corresponde con “...un sistema integral de protección que comprende no sólo la ley especial, sino las órbitas constitucional, legislación y principios generales, y los planos jurisprudencial, doctrinario e incluso académico...” (Stiglitz, 2012). Bien claro queda, en este caso, la preexistencia de la Ley de defensa del consumidor, más no su supremacía jerárquica, por sobre la órbita constitucional, dado su distinto alumbramiento *in tempore*³⁵. No obstante lo señalado, se indagará en los pormenores de esta cuestión respetando los pilares jerárquicos del ordenamiento jurídico, los cuales exigen efectuar la interrelación desde los principios iusconstitucionales hacia aquellos que se encuentren en la esfera de la legalidad.

El artículo 42 de la Constitución introduce al tema al establecer que

...Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra

³⁵ La Ley de defensa del consumidor fue sancionada a finales de 1993, mientras que el proceso de reforma que elevó el reconocimiento taxativo de los derechos de usuarios y consumidores al rango constitucional se produjo casi un año después.

*toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control...*³⁶

Este relevante dispositivo se completa con el denominado *régimen protectorio de consumidores y usuarios* (Arias Cáu, 2013) previsto por la Ley que lo reglamenta y que circunscribe, en sus contenidos, a todo un sistema integral de tutela a los diferentes derechos ponderados constitucionalmente³⁷, siempre que ello se enmarque en el cada vez más amplio espectro de algo que conforma, en la hora actual, una verdadera rama autónoma de la ciencia, como es el denominado Derecho de defensa del consumidor (Arias Cáu, 2013). Dentro de sus principales disposiciones, el instrumento normativo precitado establece las pautas de protección efectiva de estas prerrogativas, a través de los principios y fórmulas consagrados en su articulado, que deben corroborarse en el plano real, siendo considerados imperativos a cumplimentar por aquellos responsables por la prestación del servicio o que formen parte de la relación consumeril, a fin de evitar el detrimento o menoscabo de ellos mediante la comisión del hecho, u omisión que, al apartarse del norte fijado por el marco regulador, se transforme en causa eficiente del mismo.

Es, precisamente, la Ley predicha la que define el presupuesto de lesión en el marco del área jurídica bajo análisis. En su Art. 40 bis el dispositivo define al daño directo estableciendo que, el mismo

*...es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios...*³⁸

³⁶ Art. 42, Const. Nac. Arg.

³⁷ “...a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno... a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios...” , Art. 42, Const. Nac. Arg.

³⁸ “**ARTICULO 40 bis:** Daño directo. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su

Quedando claro que, a la luz de lo expresado por la propia fórmula *in fine*³⁹, será sólo el daño patrimonial resarcible causado por el detrimento a alguna de las prerrogativas antes mencionadas y garantizadas constitucionalmente lo que, dentro de este microsistema, quedará calificado específicamente.

Pero existen dos aspectos fundamentales en donde la ley de defensa del consumidor introduce novedades que, para el presente análisis, resultan dignos de relevar. El primero de ellos se refiere a que, la misma, estipula cierta tipología de daños con alcances y presupuestos diferenciados, tales como aquellos que describe Lorenzetti (2010) en su obra, y que refieren a daños masivos provocados por productos o servicios defectuosos o riesgosos⁴⁰ que guarda cierta relación, además, con el concepto de daños causados por *riesgos en el desarrollo* de productos (Garrido Cordobera, 2007), cuestiones todas que suelen impactar, con mayor fuerza lesiva, sobre el consumidor entendido como sustrato individual de la relación, o sobre lo colectivo agrupado en categorías de personas que ostentan una comunidad de intereses idénticos, lo cual goza,

persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales. (Artículo sustituido por punto 3.3 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)”, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

³⁹ “...Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales...”, Art. 40 bis, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁴⁰ “**ARTICULO 40.** — Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. (Artículo incorporado por el art. 4° de la Ley N° 24.999 B.O. 30/7/1998)”, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

tal como ya se ha visto, de protección constitucional⁴¹, y se expresa, dentro de la normativa bajo análisis, en la legitimidad que el dispositivo le asigna a las clases de usuarios y consumidores a fin de hallar, bajo el amparo de un proceso ordinario con caracteres propios, la reparación de la lesión a intereses individuales homogéneos. Vale hacer la aclaración que, en la norma referenciada, el Art. 54⁴² se enmarca en la definición de ser una fórmula de neto corte instrumental que si bien se basa “...en un enfoque parcial y sesgado del fenómeno, ocupándose principalmente de regular la entrada y la salida del proceso...” (Verbic, 2013, pp.87), permite abonar un elemento de apreciación más a la hora de interpretar la protección existente de esta clase de prerrogativas ante su detrimento.

La otra tipología de daño digna de destacar por su carácter innovador es aquél que radica en la lesión a personas indeterminadas a través de la denominada oferta y propaganda engañosa⁴³ (Lorenzetti, 2010), cuyo rasgo tipificante, y novedoso para la temática bajo estudio, es que la misma resulta un claro ejemplo de tutela de derechos colectivos, ya que “...la publicidad engañosa o ilícita es un ejemplo paradigmático de derechos de incidencia colectiva con objeto indivisible...” (Verbic, 2014).

⁴¹ Art. 43, 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

⁴² “**ARTICULO 54.** — Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda. (Artículo incorporado por art. 27 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)”, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁴³ Arts. 7 y 8, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

Pero quizás el aspecto inédito que el sistema protectorio consumeril introduce es el de la sanción pecuniaria disuasiva o, dicho de otra forma, el de la noción del *daño punitivo* en el ordenamiento local. En efecto, el Art. 52 Bis de la ley de defensa del consumidor establece que

*...Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan...*⁴⁴

Este instituto, que resulta “...culturalmente distante, porque su desarrollo se ha producido en Estados Unidos de América, y no en el área latinoamericana o europea que han sido las tradicionales influencias en nuestro derecho...” (Lorenzetti, Highton De Nolasco, Kemelmajer de Carlucci, 2012, pp.678), viene a ser definido por la doctrina como “...la condenación suplementaria que en determinados casos, se aplica a quien causa un daño injusto, como consecuencia de la comisión de un ilícito, por encima del efectivo resarcimiento de aquél...” (Centanaro, Dresdner, Debrabandere, Riva, 2013, pp.52). Este particular concepto propende, además, a buscar como objetivo, ante la lesión acaecida,

...impedir que el proveedor siga vendiendo un producto que genere perjuicios, estimando que resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad, por lo que se le otorga al Juez la facultad de aplicarlo o no en el caso concreto y graduarlo conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. El daño punitivo tiende a ser ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en nuevos incumplimientos... (Centanaro, Dresdner, Debrabandere, Riva, 2013, pp.52-53)

Conforme al objetivo predicho, es que la expresión *daño punitivo* puede resultar equívoca, ya que

...por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador. Para evitar estos problemas, y luego de muchas discusiones, se adoptó el nombre de

⁴⁴ Art. 52 Bis, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

“sanción pecuniaria disuasiva”... (Lorenzetti, Highton De Nolasco, Kemelmajer de Carlucci, 2012, pp.678)

Esta novel noción que ha sido introducida por el microsistema de defensa del consumidor y que, como será indagado oportunamente, se ha propagado al sistema general de responsabilidad civil en el nuevo Código⁴⁵, viene, por un lado, a ampliar las fronteras de cobertura jurídica ante el daño padecido, a la vez que califica a un tipo de lesión específica centrada en la conducta del dañador y las circunstancias del hecho. Pero además incorpora la idea de la evitación del daño futuro, ya que su principal objeto radica en la disuasión y el efecto ejemplificador de la medida a fin de desactivar la posibilidad de producción de menoscabos de la misma índole hacia adelante.

Todos estos criterios que acaban de exponerse conforman, en definitiva, la nueva perspectiva del daño dentro de las ciencias jurídicas, a la vez de adunar las más amplias funciones que el Derecho implementa a fin de brindar reparación plena e integral a la persona ante el detrimento. Esta estructura se transforma, entonces, en el prisma más adecuado a la hora de observar, y calificar, a la lesión en el ámbito de prerrogativas con proyección transindividual o pluriindividual. Estos nuevos extremos tipificantes serán los verdaderos protagonistas en la efectiva protección de estos bienes jurídicos.

Como ya se ha planteado a través del esquema de clasificación presentado en el primer capítulo de esta obra (Capítulo I, apartado e., pp.48-49), los derechos de incidencia colectiva reconocidos constitucionalmente no se han de limitar sólo a los relativos al ambiente y a usuarios y consumidores. Y a tenor de lo establecido por la CSJN in re “*Halabi*” no habrá de abarcarse el tema, tampoco, sin reconocer que dentro de tal género coexisten dos subespecies, tal como resultan ser las referentes a derechos colectivos propiamente dichos, y a intereses individuales homogéneos. Lo predicho obliga a vislumbrar que el daño a estas prerrogativas, a la luz de lo observado en gran parte de la jurisprudencia bajo estudio en el presente trabajo, más lo desarrollado en este

⁴⁵ “**ARTÍCULO 1714.-** *Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto. ARTÍCULO 1715.-* *Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.” Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).*

acápites en particular, asume caracteres que lo eximen de sólo quedar atrapados por las consecuencias resarcitorias como única solución ante su menoscabo.

Como se expondrá a continuación, las nuevas perspectivas del daño vienen a brindar una efectiva cosmovisión integral sobre la lesión a esta clase de prerrogativas, ya que, en su faz preventiva se hallarán las posibilidades de calificar cierto tipo de amenazas o restricciones que ponen en serio riesgo a bienes jurídicos relevantes socialmente; en su faz resarcitoria se hallará la respuesta reparadora ante el detrimento efectivo, atendiendo a las particulares formas estructurales, e instrumentales, de dar respuesta plena e integral a la misma, y alcanzando, en su faz punitiva, la posibilidad de disuadir a la modificación, a futuro, de la conducta dañosa.

Ya habrá oportunidad de indagar, con mayor detenimiento, los alcances que asume la lesión en concreto a derechos de incidencia colectiva en general, e individuales homogéneos en particular, a través de la exploración de casuística al respecto. Lo que si vale la pena traer al presente punto de análisis, es lo relativo a los principales caracteres generales que asume la mentada lesión.

En el caso de afectaciones a bienes colectivos, su proyección siempre resultará indivisible ya que su menoscabo perjudica a la totalidad de la esfera social, no pudiendo distribuirse en modo alguno los beneficios de su reparación (Lorenzetti, 2010), prohiendo que la sola probabilidad de restricción o detrimento de los mismos habilite a procurar su evitación, a través de la tutela preventiva, o el camino solutorio estructural a fin de recomponer el bien a su estado previo, o que, en caso de no ser posible, se desencadenen las consecuencias resarcitorias patrimoniales idóneas para alcanzar la reparación plena e integral, a través de los llamados *patrimonios de afectación*.⁴⁶

En una situación diferente se encuentra el menoscabo a los llamados derechos individuales homogéneos ya que, en tales casos, la lesión es una sola, pero su impacto se proyecta sobre una pluralidad relevante de bienes individuales enteramente divisibles que comparten una identidad homogénea, por lo cual, sus efectos serán divisibles y la posibilidad de distribuir sus consecuencias resarcitorias quedará supeditada a la calificación y cuantificación que se efectúe sobre el detrimento sufrido por cada

⁴⁶ C.S.J.N., “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”, JA 2006-III-294, (20/06/2006).

individuo, no obstante ello, será posible también encontrar soluciones estructurales a partir de los padecimientos sufridos en común por todos los miembros del grupo, que es aquello que se identifica con el factor de homogeneidad que los engloba. En cuanto a la prevención del daño, al igual que en el caso de los derechos colectivos propiamente dichos, la CSJN ha afirmado in re “Halabi” que la vía idónea para obtener la tutela jurisdiccional pertinente en tales casos, es la del amparo colectivo del art. 43 2^{do} párr. C.N., ya que, en realidad, los derechos individuales homogéneos se presentan como una subcategoría de las prerrogativas de incidencia colectivas amparadas por el plexo constitucional.

En cuanto a la clasificación propuesta en el presente trabajo, es válido apreciar que lo primero a determinar, en tales supuestos, es el alcance del daño, es decir, cuál, o cuales, serán las esferas de reconocimiento afectadas por el menoscabo. Es bueno recordar que, conforme la tipología propuesta, ciertos derechos contienen dos esferas o dimensiones de reconocimiento, una individual, que se corresponde con la órbita de apropiación individual de un bien, jurídicamente relevante, por parte del sujeto, y otra colectiva, que se corresponde con la proyección supraindividual que adquiere tal bien en virtud de la preponderancia que posee dentro del marco de un Estado de Derecho. En estos casos, el daño se presenta como un factor de materialización de ambas dimensiones, siempre y cuando su impacto alcance a afectarlas, por ello se hace necesario determinar ese alcance para allí, si, encontrar las soluciones que el ordenamiento sea capaz de brindar ante el menoscabo producido. Es decir que, en el caso de una acción u omisión cometida en contra de un bien jurídico determinado que posea, en virtud de sus caracteres particulares, una proyección bidimensional, habrá que calificar, en primera medida, los alcances dimensionales del mismo, a fin de certificar el daño *in concreto* sobre ambas esferas, para luego mensurar sus consecuencias en el ámbito resarcitorio. Es claro que en bienes jurídicos de esta relevancia, tanto la tutela preventiva como la necesidad de reparación integral *in natura* se imponen como prioritarios, por ello es que tanto el amparo colectivo⁴⁷ como la existencia de un proceso que dé lugar a pretensiones recompositivas dimensionalmente colectivas⁴⁸ se presentan

⁴⁷ Art. 43, 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

⁴⁸ Como se verá en el presente trabajo, tal podría ser el caso de las llamadas “acciones de clase” que la CSJN reconoció como factibles de regular dentro del ordenamiento local en Autos “Halabi”.

como la mejor manifestación adjetiva a tener en cuenta a la hora de garantizar la sustentabilidad del bien jurídico afectado en cuanto a su esfera social, o de proveer la solución estructural adecuada a fin de reparar el daño acaecido.

Un claro ejemplo de daño a derechos bidimensionales es el que se corrobora, conforme a la postura que aquí se sostiene, en “*Asociación Benghalensis*”, en donde una decisión Estatal impacta lesivamente tanto en la órbita de proyección social del bien jurídico *salud*, reconocido como el derecho a que la misma “...*sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad...*”⁴⁹, como en la esfera individual que esa prerrogativa ostenta, ya que la medida de marras conculcó, de manera manifiestamente arbitraria, “...*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...*”⁵⁰ que no es, ni más ni menos, que la expresión del derecho subjetivo a la salud. Por supuesto que, y esto es muy importante para comprender la clasificación propuesta, dar respuesta reparadora implica, sin más, abarcar a ambas dimensiones afectadas, y para ello será necesario, como primera medida, comprender que la respuesta estructural se impone en cuanto a la esfera colectiva, al hallar solución en la recomposición de todas las medidas sanitarias de suministro de medicamentos y tratamientos médicos que forman parte de las políticas públicas exigidas al respecto⁵¹. En cuanto al camino solutorio en la esfera individual, en primer lugar operará la recomposición del tratamiento adecuado a cada paciente conforme el diagnóstico realizado oportunamente, pero además, se deberá establecer, y cuantificar, la reparación plena correspondiente ante el “...*agravio susceptible de lesionar...[los]...sentimientos más profundos, convicciones etc., además de implicar la violación de derechos esenciales -depende del caso de cada enfermo- en forma mediata o inmediata...*”⁵², pasible de provocar tanto un daño patrimonial; Vgr.: la falta de tratamiento adecuado que restringe la capacidad laboral del paciente al punto de

⁴⁹ C.S.J.N., *Id Infojus: FA00000121*, (2000), *Juez Vázquez por su voto, Consid.7.*

⁵⁰ C.S.J.N., *Id Infojus: FA00000121*, (2000), *Juez Vázquez por su voto, Consid.7.*

⁵¹ *Ley N° 23.798, “Declarase de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida”, (14/09/1990)*

⁵² C.S.J.N., *Id Infojus: FA00000121*, (2000), *Juez Vázquez por su voto, Consid.9.*

impedirle desarrollar una tarea determinada, cuantificable a través del *lucro cesante* (Pizarro, Vallespinos, 1999), como el resarcimiento justificado ante el detrimento que se traduce “...en una modificación disvaliosa del espíritu...” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.641) y que, en el caso en cuestión, califica a los efectos de esa lesión a *los sentimientos más profundos* antes referenciados.

Este esquema planteado será replicable ante el daño a muchos de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente⁵³, ya que los mismos, tal como se ha explicado en apartados anteriores, responden a esta categoría propuesta de prerrogativas bidimensionales. Es preciso aclarar que, tal como se verá a la hora de analizar casos en concreto, no toda acción u omisión susceptible de ocasionar un daño jurídicamente apreciable proyecta, per se, sus efectos en ambas dimensiones, ya que podrá darse el caso de que el menoscabo registre consecuencias sólo en la esfera individual de la prerrogativa, dando lugar a la sistematización tradicional en materia tuitiva de tal derecho. Por ello se habla aquí del factor materializador que envuelve al daño, ya que será *materialmente* comprobable la mentada bidimensionalidad toda vez que la lesión se proyecte en ambas esferas de manera inescindible, es decir, que el detrimento sobre una explaye, a su vez, el menoscabo sobre la otra, tal como se observa en el ejemplo expuesto en “*Asociación Benghalensis*”.

Como colofón al presente apartado, vale decir que el esquema tuitivo ante el daño se ha visto reformulado con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina⁵⁴, ya que allí se plantea una nueva calificación del mismo, ampliando sus fronteras en correspondencia con las corrientes doctrinarias, jurisprudenciales y normativas ya indagadas, consagrando, además, el reconocimiento expreso de los derechos de incidencia colectiva dentro del sistema de Derecho privado⁵⁵.

⁵³ Art. 75, inc. 22 y ccdtes., Const. Nac. Arg.

⁵⁴ Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁵⁵ “ARTÍCULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a. derechos individuales; b. derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

Este cuadro tutelar se completa, junto con la doctrina sentada en la jurisprudencia de la CSJN; Vgr.: lo planteado en cuanto a los alcances de la acción de amparo colectivo *in re* “Halabi”, de la siguiente manera: a.- una tutela preventiva ante el daño probable o inminente regulada por los arts. 1711 a 1713⁵⁶, más la posibilidad que brinda el antedicho instituto del amparo colectivo “...siempre que no exista otro medio judicial más idóneo...”⁵⁷. Agregándose a ello la consecuente opción de recomposición del menoscabo a su estado anterior a través de una sentencia que ha de “...disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda...”⁵⁸. Sin desconocer, por supuesto, aquello que habrá de aplicarse en cuanto a la prevención en áreas que han sido reguladas de manera específica⁵⁹. b.- un sistema de tutela resarcitoria⁶⁰ ante la certeza del daño que será definido, en el presente cuerpo normativo, como aquel que se corrobora cuando “...se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva...”⁶¹, y cuya indemnización comprenderá

...la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances.

⁵⁶ “**ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva.** La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. **ARTÍCULO 1712.- Legitimación.** Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño. **ARTÍCULO 1713.- Sentencia.** La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁵⁷ Art. 43, Const. Nac. Arg.

⁵⁸ Art. 1713, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁵⁹ Es el caso ejemplificado en materia medioambiental, o de derechos de usuarios y consumidores, a través de la Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002), en el primer caso, y de la Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014), en el segundo.

⁶⁰ “**ARTÍCULO 1716.- Deber de reparar.** La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁶¹ Art. 1737, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

*Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida...*⁶²

A esta sinopsis se viene a adunar, por último, el punto c.- cuando se trate de un daño que resulte en un menoscabo grave y excesivo que, además, resulte factible de replicarse a futuro procederá la posibilidad de aplicar una *sanción pecuniaria disuasiva* a fin de punir ese detrimento grave provocado por las circunstancias del caso, o el menoscabo que se haya tenido ante tal lesión, por un lado, además de que, la misma, pueda transformarse en una herramienta de disuasión a fin de desactivar conductas lesivas de la misma índole en lo venidero, con los límites que el Código fija al respecto⁶³ (Lorenzetti, Highton De Nolasco, Kemelmajer de Carlucci, 2012). Cabe hacer la salvedad que en el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación llevado a cabo por la comisión redactora según Decreto N° 191/2011⁶⁴, se contemplaba una regulación específica en cuanto a sanciones pecuniarias disuasivas ante el daño a derechos de incidencia colectiva, en el cual se había “...preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada “tragedia de los bienes comunes”, es decir, no hay incentivos individuales para su tutela...” (Lorenzetti, Highton De Nolasco, Kemelmajer de Carlucci, 2012, pp.679). Tal dispositivo rezaba que

...El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menoscabo hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de

⁶² Art. 1738, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁶³ “**ARTÍCULO 1714.- Punición excesiva.** Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto. **ARTÍCULO 1715.- Facultades del juez.** En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁶⁴ Dto. N° 191/2011, “CREACIÓN DE LA COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”, (28/02/2011).

*la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada...*⁶⁵

Ya habrá oportunidad de analizar este tema en el apartado correspondiente, por ello a él se remite, pero vale acotar que la antedicha fórmula vio cegada su existencia en la “...*La poda que hizo el Poder Ejecutivo al Anteproyecto de Reformas y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación...*” (Prat, A., 2012).

En conclusión, este cuadro representado en los renglones anteriores, se encumbra como el sistema de calificación del daño tanto a derechos individuales, como a derechos de incidencia colectiva en general, permitiendo, además, la posibilidad de contemplar, dentro del mentado esquema, al menoscabo a derechos bidimensionales, dada la naturaleza, y alcances ya explicitados, del mismo.

⁶⁵ Art. 1714, Sección 2°, Capítulo 1, Título V, Libro Tercero “derechos personales”, Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, (10/08/2012).

d. El Daño resarcible. Ámbito patrimonial y extrapatrimonial

En el presente acápite se intentará explorar, con mayor detenimiento, el área específica del daño resarcible a derechos de incidencia colectiva en general, e individuales homogéneos en particular. Para ello, vale refrescar nuevamente la definición aportada por los Dres. Pizarro y Vallespinos (1999) en torno a que no se trata aquí de la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, sino que, de lo que aquí se trata, en verdad, es de las consecuencias perjudiciales, o menoscabos, que se desprenden de ésta. Estos efectos que dimanarán de la lesión acaecida, provocan, en tanto y en cuanto no han sido evitados ni desactivados, la consecuente obligación reparatoria consistente en “...la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...”⁶⁶. Esta reparación plena tendrá como objetivo, en caso de no ser posible la recomposición situacional del damnificado a su estado previo, el resarcimiento apreciado pecuniariamente, tanto del patrimonio de la víctima del detrimento, como de la minoración sufrida en su subjetividad.

Ambas esferas de calificación del daño resarcible contarán, además, con diferentes conceptos en concreto que vendrán a constituirse como el tamiz necesario a fin de mensurar, adecuadamente, cuáles serán los alcances de la reparación debida ante tal menoscabo. Esta tarea técnico jurídica antes explicitada es la que permite, luego de una completa calificación y cuantificación de los extremos lesivos, el establecer los rubros que habrán de ser indemnizados por aquél que haya resultado ser responsable del detrimento. En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación hace una clasificación, enunciativamente muy útil, de ellos en su Art. 1738, en el que establece que “...La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances...”⁶⁷ en cuanto al daño

⁶⁶ Art. 1740, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁶⁷ Art. 1738, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

patrimonial propiamente dicho, e incluye, además, “...especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida...”⁶⁸ en cuanto al ámbito resarcitorio extrapatrimonial. Estos rubros indemnizatorios antedichos serán el contenido del resarcimiento por equivalente pecuniario exigido una vez corroborado el detrimento.

Ahora bien, este esquema no presenta mayores inconvenientes en cuanto a su aplicabilidad en materia de daños tanto al patrimonio individual, como a la persona, salvo por las particularidades que puedan presentarse en el caso concreto, en lo tocante a su determinación y cuantificación. En donde el tema se torna un tanto más espinoso, si se permite el término, es en materia de afectaciones a bienes colectivos propiamente dichos, o a prerrogativas *colectivizables* en función de determinadas circunstancias homogéneas, en donde la delimitación del daño resarcible, y los ítems que lo componen, presenta sus mayores dificultades.

Es bueno recordar, en este sentido, que el propio cuerpo normativo recién puesto en vigencia contempla a los derechos de incidencia colectiva en general como un objeto posible en supuestos de daño resarcible, conforme a la letra de su art. 1737⁶⁹ *in fine*, lo cual invita a colegir que, cuando se registran lesiones a prerrogativas de esta especie, sería factible clasificar a sus efectos resarcitorios dentro de los rubros recién desarrollados de manera colectiva. Por supuesto que lo antedicho, tal como se anticipara, no resulta un tema tan sencillo de considerar, ya que la preferencia ante el menoscabo de derechos de incidencia colectiva que se ha impuesto ha sido la de las

...proyecciones iconoclastas en ámbitos como los de la legitimación, la prevención (y precaución, si el tema relacionado es la tutela medioambiental), la reparación preferentemente "in natura" antes que en especie, la necesidad de elaborar estructuras procesales que cobijen los procesos colectivos, la fuerza expansiva que en ellos debe asumir la cosa juzgada, el reforzamiento de las atribuciones

⁶⁸ Art. 1738, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁶⁹ “ARTÍCULO 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

judiciales en la expedición de mandatos inhibitorios y en la valoración de la prueba... (Saux, 2009, pp.13)

Tal como se ha venido observando en anteriores apartados. Ello, sumado al hecho de que el desarrollo de casuística de esta clase sea tan novedoso como ajeno al esquema tradicionalmente considerado, ha venido a dificultar, notablemente, la clara delimitación de los alcances solutorios en el sentido que aquí se trata.

No obstante lo predicho, ha venido a ser, nuevamente, la voz de los tribunales nacionales la cultora de dar los primeros pasos en materia de calificación y cuantificación de daños resarcibles proyectados colectivamente. En efecto, el 22 de Octubre de 1996, la sala 2^{da} de la Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de la localidad de Azul, provincia de Buenos Aires, pronunció un muy significativo decisorio para el presente análisis, en el cual se sentaron bases de admisibilidad para la efectiva indemnización del daño moral colectivo. En tal sentido, en Autos “*Municipalidad de Tandil c/ Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro*”⁷⁰, el mencionado tribunal fijó la procedencia de la consecuencia resarcitoria por el “*...daño colectivo extrapatrimonial sufrido por la comunidad por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal (una escultura ubicada en un lugar público)...*”, sentando, como presupuesto de procedencia, que

...si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión a un bien colectivo, atendiendo a la naturaleza extrapatrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos -los habitantes de la localidad que disfrutaban de la escultura- por la afectación a una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional...

Este “*...resarcimiento dinerario por el daño moral sufrido colectivamente...*” (Saux, 2009, pp.12) tiene la particularidad, además, de ver sustentada su naturaleza en el bien agraviado que se ha de reparar,

...de que tal compensación no se reparte ni distribuye ni prorratea entre los reales colegitimados indiferenciados, ni ingresa por ende a su patrimonio, sino que se afecta a fondos comunes (preexistentes o no) que cumplen funciones de prevención de recidivas, o de educación social en la

⁷⁰ Cam. De Apel. en lo Civ. Y Com. Azul, Prov. De Bs. As., Sala 2^{da}, “*Municipalidad de Tandil c/ Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro s/ Daños y perjuicios*”, JA 1997-III-224, (22/10/1996).

materia comprometida, o de generación de compensaciones no crematísticas por equivalente... (Saux, 2009, pp.12)

Esta particular esfera resarcitoria, reconocida en el fallo de marras, no ha dejado de despertar opiniones encontradas en cuanto a su procedencia. En auxilio de la postura afirmativa, además del voto de los magistrados en "*Municipalidad de Tandil*", acuden voces prestigiosas de la talla de los Dres. Augusto Morello o Gabriel Stiglitz quienes, en un trabajo cuya autoría compartieron ("*Daño moral colectivo*", LL 1984-C), habían alentado, aún antes del explorado decisorio,

...su reconocimiento poniendo el acento en la idea de "moral de los grupos humanos", que singularizan como "una entidad cualitativa intermedia entre la persona física y la jurídica", y resaltando la proyección de lo social por sobre la individual y la creciente noción de los intereses difusos, bien que con algunas salvedades: para el caso, que no se debe pretender con el rubro alcanzar una reparación plena, que la prueba del daño moral surge "in re ipsa" y no es procedente recurrir a medios singulares de acreditación, que debe exigirse al juzgador un especial esfuerzo en aplicar "razonabilidad", y que el producido de esa indemnización debe ser asignado a fondos especiales de prevención... (Saux, 2009, pp.13)

Otra opinión con peso propio dada la calidad de jurista que corporiza tal apreciación, tal y como es la del eminente Dr. Félix Trigo Represas, se enrola positivamente frente al daño moral colectivo, puntualizando

...que la Constitución Nacional ampara bienes de naturaleza extramatrimonial y de incidencia colectiva (comprensivos de valores espirituales, artísticos, estéticos, históricos, religiosos, etc.), y que en caso de afectación de los mismos el damnificado es la sociedad o una generalidad indeterminada de sujetos. Añade que en tal caso median allí intereses difusos —insusceptibles de fragmentación- y que no son viables reclamos indemnizatorios plurales y separados... ...aun cuando la acción por daño moral sólo corresponda al damnificado, éste es la sociedad o el grupo, y sólo a él cabe resarcir... (Trigo Represas, 1997, pp.374)

En oposición a estas posturas, aparece lo expuesto por Pizarro (1996), quien entiende que de "*...lege lata, en el derecho, argentino no es viable predicar la legitimación de ligas de consumidores o de entidades representativas de usuarios para reclamar el daño moral sufrido por sus miembros...*" (Pizarro, 1996, pp.278 y ss.),

anclando tal afirmación en lo establecido por el Código de Vélez⁷¹ respecto a la legitimación a la hora de demandar tal especie de resarcimiento, algo que, tal como queda regulado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁷², no ha sufrido, prácticamente, ninguna variación.

En igual sentido se pronuncia Edgardo Saux (2009), quien advierte la necesidad de perfilar al daño moral tal como se encuentra regulado, es decir, como individual y ligado a la subjetividad de cada damnificado, ergo, contrario a la perspectiva de prohijar la resarcibilidad a una invocada lesión a intereses colectivos no patrimoniales, algo que no sería pasible de ser considerado como una de las categorías de daño resarcible. Concluye, el precitado autor, en que

...hablar de una reparación colectiva de perjuicio espiritual, abstracto y grupal, en tales supuestos, importa tergiversar la esencia misma del daño moral y presentar, bajo el ropaje de un aparente resarcimiento, a lo que en realidad constituye una penalidad impuesta por el derecho, privado, un castigo a quien con su actitud desaprensiva agravó intereses colectivos dignos de tutela... (Saux, 2009, pp.16).

Ahora bien, todo el antepuesto desarrollo permite advertir, con claridad meridiana, la complejidad del instituto bajo estudio y sus idas y venidas en cuanto a concepciones doctrinarias. Como se planteó al principio de este acápite, el esquema de pensamiento tradicional de categorización de consecuencias resarcibles, tanto patrimoniales como extramatrimoniales, del daño, no ha sido el recipiente ideal como para intentar colegir, de él, una inteligencia más amplia que permita tomar en cuenta la posibilidad de procedencia de compensaciones colectivas ante el detrimento a bienes de esa naturaleza.

⁷¹ “Art. 1.078. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos. (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.)”, Cód. Civ. De la Rep. Arg., Ley N° 340, (25/09/1869).

⁷² “ARTÍCULO 1741.- Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

No obstante ello, como también se desprende de la opiniones expuestas en párrafos anteriores, la propia dinámica conflictual de los últimos tiempos, más la incorporación constitucional de 1994, vinieron a reformular, en algunos casos, y a reafirmar, en otros, los criterios que venían propugnando una perspectiva diferente, como la presentada por Morello y Stiglitz (1984), Trigo Represas (1997), o el mismísimo precedente judicial aquí analizado⁷³.

Una interpretación posible a la hora de avanzar sobre las consecuencias resarcitorias en el ámbito extrapatrimonial ante el menoscabo a bienes jurídicos colectivos es la que se desprende, en primer término, del propio plexo constitucional, ya que en él se reconoce la tutela efectiva, y plenamente operativa en el ordenamiento jurídico, de la pretensión resarcitoria ante el menoscabo de esta clase de prerrogativas, tal como ha expresado, al respecto, la CSJN *in re* “Halabi”.

En este trascendente decisorio, en efecto, es en donde se han sentado las pautas hermenéuticas necesarias como para comprender que, a los efectos de reforzar su protección jurisdiccional, esta clase de pretensiones podrá ser sustanciada a través de un sistema de legitimación extraordinaria⁷⁴ ya que, en el caso de los bienes colectivos, “...no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno...”. De ello se desprende que ante el detrimento a esta clase de bienes jurídicos, el damnificado directo no podrá ser ni una comunidad en sentido técnico, ni una cantidad determinada o indeterminada de sujetos ya que es la sociedad en su conjunto, teniendo en cuenta que es la que se *apropia*⁷⁵ de los bienes generales, quien se nutrirá

⁷³ Cam. De Apel. en lo Civ. Y Com. Azul, Prov. De Bs. As., Sala 2^{da}, “Municipalidad de Tandil c/ Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro s/ Daños y perjuicios”, JA 1997-III-224, (22/10/1996).

⁷⁴ “...Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado...”, C.S.J.N., Fallos 332:111 (2009), Consid.11.

⁷⁵ Es bueno aclarar que esta **apropiación** a la que refiere el eminente Dr. Lorenzetti (2010) en su obra no resulta contradictoria con lo ya desarrollado, toda vez que la misma no podría materializarse a través de carriles inmediatos, dado el carácter difuso de la universalidad a la que aquí se hace referencia, sino que se verá corporizada en la legitimidad que adquieren las asociaciones, e inclusive el propio Estado bajo algunos supuestos, como representantes de esos intereses generales que pondrán el eje de su preocupación en el uso eficiente de estos bienes jurídicos, procurando su conservación, sustentabilidad y, en caso de deterioro o pérdida, la búsqueda de las compensaciones correspondientes.

de los beneficios que esos bienes colectivos hayan de brindar, o se perjudiquen por las cargas nocivas que del menoscabo a los mismos dimanen (Lorenzetti, 2010).

En segundo término, y en estricta correlación con lo antedicho, la fórmula establecida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que, como se planteó en renglones anteriores, replica la tradicional letra del Código de Vélez, al establecer que “...*Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo*...”⁷⁶ (el resaltado me pertenece), puede invitar al equívoco de interpretar que excluye toda posibilidad de legitimación colectiva ante el daño resarcible, pero, desde una visión más integradora del Derecho, tal como la que desde aquí se apoya a tenor de la elevación *ius constitucional* de todas sus instituciones, se podría vislumbrar que ese “*damnificado directo*” ante las consecuencias no patrimoniales del detrimento a bienes jurídicos colectivos no es otro que una universalidad representada por “...*la sociedad o una generalidad indeterminada*...” (Trigo Represas, 1997, pp.374) que, tal como se observa en “*Municipalidad de Tandil*”, se encuentran vinculados, de manera directa y no distribuible, con el uso y goce de tales bienes⁷⁷, así como con los menoscabos que éstos sufran.

Es bueno recordar aquello que, respecto a lo antedicho, apunta la Dra. Zavala de González, al expresar que

...los perjuicios colectivos no tienen como víctima a algún ente diferenciado de quienes componen el grupo; son éstos los damnificados, aunque el menoscabo no apunta a las personas de modo lineal y diferenciado, sino que se propaga complejamente entre ellas, como miembros de alguna específica realidad comunitaria... (Zavala de González, 1998/1999, pp.148)

Lo predicho adquiere especial relevancia ya que, en términos concretos, y ante los efectos extrapatrimoniales del daño a bienes colectivos, será preciso acudir a entes jurídicos⁷⁸ de personalidad diferenciada⁷⁹ a fin de ejercer la legitimación extraordinaria

⁷⁶ Art. 1741, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁷⁷ Art. 21 “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica, 22/11/1969), Art. 75, inc. 22, Const. Nac. Arg.

⁷⁸ Arts. 145, 146, 147 y ccdtes, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

constitucionalmente prevista⁸⁰ para representar a ese *damnificado directo* que será la comunidad en su conjunto. Esto patentiza la idea de que, en estos casos, “...*la existencia de un canal representativo interesa como recurso práctico para actuar en nombre de todos los miembros del grupo, y no de la eventual persona jurídica que los aglutina...*” (Zavala de González, 1998/1999, pp.153).

Esta relación intrínseca, e indivisible, entre el uso, goce y disfrute que la sociedad en su conjunto posee sobre los bienes colectivos, y el consecuente derecho a su no menoscabo es lo que permite, en definitiva, advertir que viven dentro de ella los presupuestos mínimos de exigibilidad en el acceso irrestricto a la *calidad de vida* (Parellada, 2007), más el necesario piso que de ella se desprende a fin de garantizar la *libertad fenoménica* (Fernández Sessarego, 2007) o proyecto de vida mirada desde su máxima expresión comunitaria, ya que ello importa el núcleo de esa “*moral de los grupos humanos*” (Morello, Stiglitz, 1984) como entidad cualitativa pasible de ser minorada por una lesión a bienes colectivos. Es decir que, siguiendo a Cafferatta (2013), en la finalidad perseguida por la tutela de esta *moral colectiva*

...Existe un interés legítimo grupal en satisfacer necesidades humanas colectivas, no sólo en relación con los recursos naturales (bienes colectivos), sino también en orden a las sensaciones de paz, estéticas y estados de ánimo en función de la seguridad, belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural del ecosistema... (Cafferatta, 2013, pp.49)

De igual forma que esta relación precitada se presenta como insusceptible de fragmentación, ante la imposibilidad fáctica, o técnica, de recomposición del bien al estado anterior al daño, la indemnización sustitutiva razonablemente apreciable se configura como un monto pecuniario no distribuible bajo concepto alguno y , por lo tanto, no prorrateable entre ese *universo complejo de damnificados*⁸¹.

⁷⁹ “**ARTÍCULO 143.-** Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁸⁰ Art. 43, 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

⁸¹ Como ejemplo de esta postura se puede citar lo dispuesto por el Art. 28 de la Ley de presupuestos mínimos ambientales, que establece “...El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que

Esta perspectiva introduce al tema del destino de esa indemnización *in especie* ya que resultará una consecuencia lógica que los rubros indemnizatorios colectivos expuestos no podrán ser prorrateables ni pasibles de división alguna en virtud de que, al igual que el bien conculcado, pertenecen a la esfera social y no pueden ser, ergo, distribuidos⁸². Por ello, “...si el daño es causado al bien colectivo en sí mismo, resulta justo y procedente que la indemnización se destine a un "patrimonio de afectación"...” (Lorenzetti, P., 2013, pp.3), que propenda a afrontar la reparación plena a esta subjetividad colectiva conculcada por el daño.

En tal sentido, resulta lógico concluir que, ante el daño inmaterial o extrapatrimonial, el resarcimiento colectivo que de allí surja termine conformando un *patrimonio público de afectación específica* (Zavala de González, 1998/1999) dedicado a la *prevención y educación social compensatoria* (Stiglitz, Morello, 1984; Saux, 2009), dejando bien en claro que, al quedar específicamente *afectado* tal presupuesto, margina de sí cualquier interpretación que pretenda advertir una sanción ejemplar condenatoria, es decir, una medida punitiva (Zavala de González, 1998/1999).

En materia de detrimentos a valores económicos o patrimoniales producidos a raíz del daño (Pizarro, Vallespinos, 1999) a bienes colectivos, en cambio, sus consecuencias resarcibles recaerán sobre un patrimonio diferenciado y particular; ya sea el patrimonio específico⁸³ de la persona jurídica Estatal⁸⁴ en su calidad de administrador y guardián de

determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder...”, Art. 28, Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).

⁸² C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (2009), Consid.11.

⁸³ Art. 154, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁸⁴ “ARTÍCULO 146.- Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas: a. el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b. los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c. la Iglesia Católica.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

los bienes sujetos a su dominio⁸⁵, ya sea el patrimonio individual, afectado de manera indirecta, de cada uno de los damnificados por el menoscabo al bien colectivo⁸⁶.

En el primer caso, se estará hablando de un patrimonio público que deberá soportar la pérdida o disminución, en términos económicos, de un bien jurídico colectivo, tanto en la efectiva minoración pecuniaria que de él dimana, calificado ello como *daño emergente*, como en las ganancias frustradas o, simplemente, dejadas de percibir a raíz del detrimento, entendido como *lucro cesante* (Pizarro, Vallespinos, 1999), así como “...*la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible...*” (Espinoza E., 2007, pp.423) o pérdida de chance. En el ejemplo ya referido *In Re “Municipalidad de Tandil”*, esto se ve materializado tanto en los costos a afrontar por el municipio en las tareas de reparación de la obra escultórica, como en la disminución definitiva del valor venal de la misma⁸⁷. Queda manifiesto, entonces, que toda asignación patrimonial afectada al desenvolvimiento, manutención, mejoramiento o garantía de la sustentabilidad de los bienes públicos y generales, debe colegirse como parte de ese presupuesto necesario para la consecución de la tesis que importa el interés general en la conservación de éstos. En virtud de ello es que resulta lógico concluir que, ante la certificación y cuantificación del daño resarcible patrimonial en estos supuestos, la indemnización sustitutiva sea la respuesta compensatoria⁸⁸ idónea a fin de integrar a ese patrimonio específico (Zavala de González, 1998/1999) como forma de reparación del mismo ante su detrimento.

En el segundo caso, podrá existir un menoscabo directo sobre bienes colectivos, pero las consecuencias del mismo impactan, de manera indirecta, sobre el patrimonio de

⁸⁵ Cam. De Apel. en lo Civ. Y Com. Azul, Prov. De Bs. As., Sala 2^{da}, “Municipalidad de Tandil c/ Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro s/ Daños y perjuicios”, JA 1997-III-224, (22/10/1996), Juez J.M. Galdós, por su voto.

⁸⁶ C.S.J.N., “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”, JA 2006-III-294, (20/06/2006), Consid.6.

⁸⁷ Cam. De Apel. en lo Civ. Y Com. Azul, Prov. De Bs. As., Sala 2^{da}, “Municipalidad de Tandil c/ Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro s/ Daños y perjuicios”, JA 1997-III-224, (22/10/1996), Juez J.M. Galdós, por su voto, Consid.D.

⁸⁸ “...En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder...” Art. 28, Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).

cada particular damnificado, siendo necesario que “...*la determinación y valuación del daño resarcible...*”⁸⁹ se corrobore de manera autónoma; Vgr.: “...*Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados...*”⁹⁰. Es decir que no se estará hablando allí de daños patrimoniales a bienes colectivos propiamente dichos, sino de consecuencias derivadas indirectamente del daño a valores colectivos que impactan lesivamente sobre bienes que no lo son aunque, como se verá a continuación, los mismos puedan ser *colectivizables* conforme las circunstancias del caso. Estos efectos derivados pueden tener implicancias patrimoniales, conforme la línea que aquí se viene siguiendo, pero también es factible advertir sus efectos en la esfera extrapatrimonial.

Tomando tal enfoque como punto de partida, el tema comienza a conjugarse en el marco de indagación sobre el daño resarcible en materia de derechos individuales homogéneos ya que allí, como la propia CSJN ha dicho, “...*no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea...*”⁹¹, lo cual deja en claro que, en estos casos, los efectos del daño serán diferenciables en tantas personas y patrimonios como afectados se hallen bajo una vinculación homogénea, tanto situacional⁹² como fáctica⁹³. Es decir que, en supuestos de esta naturaleza, los efectos dañosos no se proyectan supraindividualmente en cuanto a las consecuencias que cada damnificado habrá de corroborar, sino que existirá una proyección colectiva en tanto y en cuanto el menoscabo impacta sobre prerrogativas vinculadas por esa causa común y homogénea, a tenor de lo cual el Estado encuentra fuertes incentivos como para su tutela colectiva, o que de las mismas dificultades intrínsecas en el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva

⁸⁹ C.S.J.N., JA 2006-III-294, (20/06/2006), *Consid.8*.

⁹⁰ C.S.J.N., Fallos 332:111 (2009), *Consid.12*.

⁹¹ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (2009), *Consid.12*.

⁹² *O normativa, es decir, unidos por una relación jurídica preexistente, Vgr: consumidores, usuarios, docentes, oriundos de una comunidad determinada, etc. (Maurino, Nino y Sigal, 2005)*

⁹³ *Una sola causa o evento generador del daño (Lorenzetti, 2010)*

de manera fragmentaria se desprenda, de forma plausible y evidente, la necesidad de realización, en un solo proceso, de todas las pretensiones afectadas de manera idéntica.

Es fundamental el remarcar, tal como lo hace Lorenzetti (2010), que bajo la tipología reseñada lo que subsiste, en verdad, son “...casos de responsabilidad civil en los que hay presupuestos comunes: acción, antijuridicidad, imputabilidad y nexo causal. El daño en cambio siempre es diferenciado y su determinación queda librada a otro proceso, generalmente en la etapa de ejecución...” (Lorenzetti, 2010, pp.123).

Resulta oportuno recordar que, en oportunidad de plantear las preguntas de investigación en torno a las cuales giraría el presente trabajo, se inquiría allí acerca del sentido y alcance que debía recibir el concepto de prerrogativas individuales homogéneas dentro del área específica del Derecho de Daños, ya que el tema que se está abordando en este punto hace al núcleo troncal de la respuesta a esa pregunta. Y ello es así en tanto y en cuanto no se podrá concebir un sentido y alcance que desconozca los rasgos de identidad más salientes que esta categoría exhibe, a saber: **a.** Siempre deberá haber, en la raíz de la afectación, una lesión a bienes jurídicos considerados por su proyección colectiva, lo cual no implica, necesariamente, el daño propiamente dicho a un bien colectivo, sino que sea de la afectación a éstos que deriven sus consecuencias lesivas, *Vgr.*: fue el concepto en el que se afirmó la CSJN *in re* “Halabi” para la admisión de tal categoría, y en “Defensoría del pueblo de la nación”⁹⁴ y “Zathloukal”⁹⁵ para el rechazo de pretensiones que no involucraran argumentos de esta clase; **b.** esta tipología de daño jurídico debe afectar de manera idéntica (homogénea) a un grupo determinado, o determinable, de sujetos, ya que parte de un hecho único o continuado a través del tiempo que impacta sobre un núcleo común, es decir que debe corroborarse una causa fáctica o normativa común para que esta identidad de grupo o clase quede compuesta (Lorenzetti, 2010); y **c.** esa afectación antedicha provoca, como natural derivación, un detrimento a bienes jurídicos enteramente divisibles ocasionando, en materia de efectos resarcitorios, daños tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial de cada damnificado individualmente considerado, *Vgr.*: es aquello

⁹⁴ C.S.J.N., “Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. – dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 330:2800, (2007).

⁹⁵ C.S.J.N., “Zathloukal, Jorge c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción) s/ Amparo”, Fallos 331:1364, (2008).

que habrá de corroborarse en “*Halabi*” toda vez que cada uno de los particulares damnificados por la denominada Ley espía⁹⁶ concurra a certificar su menoscabo tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial. En definitiva, el daño resarcible asume, en este subtipo de prerrogativas de incidencia colectiva, una instancia reparatoria en cuanto a los efectos comunes e idénticos que provoca un mismo hecho, así como una instancia resarcitoria que deberá ser corroborada dentro de la esfera individual de cada damnificado diferenciado del grupo o clase.

Si se quisiera indagar en un área en la cual, sin lugar a dudas, el tema del daño resarcible a derechos individuales homogéneos ha tenido mayores alcances, no sólo en la producción casuística sino en sus avances regulatorios, es en el ámbito de los derechos de usuarios y consumidores. En efecto, es la propia ley protectora consumeril⁹⁷ la que fija los extremos que habrán de tenerse en cuenta a la hora de calificar el daño en tal materia⁹⁸, así como de fijar las pautas en torno a las proyecciones solutorias, tanto pluriindividuales, como diferenciadas⁹⁹.

⁹⁶ Ley N° 25.873, “*Modifícase la Ley N° 19.798, en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o Ministerio Público*”, (06/02/2004).

⁹⁷ Ley N° 24.240, “*Ley de defensa del consumidor*”, (13/10/1993), *Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación*”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “*Modificación. Vigencia*”, (18/12/2014).

⁹⁸ “*ARTÍCULO 40 bis.- Daño directo. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad solo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a. La norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b. Estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c. Sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.*”, Ley N° 24.240, “*Ley de defensa del consumidor*”, (13/10/1993), *Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación*”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “*Modificación. Vigencia*”, (18/12/2014).

⁹⁹ “*ARTÍCULO 54.- Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que este sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su*

El art. 54 de la precitada norma expresa, en su tercer párrafo, que

*...Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán estos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda...*¹⁰⁰

Quedando claro que, bajo el sintagma propuesto en la fórmula normativa, se podrá hablar de daño resarcible en las dos esferas antes explicadas. En primer lugar, habrán de calificarse y cuantificarse los efectos comunes, y que han de identificar al grupo o clase como unidad homogénea, tal sería el caso, por ejemplo, del daño patrimonial emergente sufrido por la fijación de cláusulas abusivas¹⁰¹ en contratos de adhesión o contratos tipo suscriptos por el conjunto de afiliados a un servicio de medicina prepaga¹⁰², debiendo ajustar sus extremos resarcitorios a la recomposición patrimonial homogénea de todos los damnificados sobre aquel menoscabo común que las citadas cláusulas hayan provocado, *Vgr.*: la reparación específica de los montos conculcados por el incremento

voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán estos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda., Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

¹⁰⁰ Art. 54, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

¹⁰¹ Arts. 37, 38 y 39, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014); Anexo I, Resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica de la Nación, “Contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios de medicina prepaga y de servicios financieros o bancarios. Cláusulas abusivas”, (20/01/2004).

¹⁰² C.S.J.N., “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013).

ilegítimo de la cuota mensual de todos los afiliados al sistema¹⁰³. Es muy didáctico, en este sentido, el ejemplo aportado por el actual presidente de la CSJN, que ingresa en el terreno del detrimento producido por la falta de reajuste en haberes previsionales de un caso concreto pero que, al proyectar sus efectos sobre miles de sujetos en condiciones de identidad, amerita una respuesta reparatoria que sea útil para todos esos casos (Lorenzetti, 2010).

En un segundo término quedarán las consecuencias que impacten en el plano individual propiamente dicho, tanto patrimonial como extrapatrimonialmente, y que deberán ser corroborados por cada damnificado de manera autónoma y diferenciada. En el ejemplo del daño acaecido por la imposición de cláusulas abusivas en contratos de medicina prepaga, se podría encausar dentro del daño emergente patrimonial provocado por los costos extras a asumir por el afiliado ante la necesidad de procurarse una prestación médica que, originariamente, se hallaba dentro de su plan de cobertura pero que, en virtud de la modificación unilateral por parte de la prestadora de los beneficios en sus planes de servicio, hubo de quedar excluida del mismo¹⁰⁴. En tal sentido, y siguiendo el hilo de la ejemplificación propuesta, dentro de la esfera extrapatrimonial individual se hallarían aquellas modificaciones disvaliosas producidas en la salud (Parellada, 2007) de cada afiliado como consecuencia de la intempestiva restricción provocada por el cambio indebido en los planes de cobertura¹⁰⁵. Cabe reiterar, entonces, que éstos últimos serán pretensiones indemnizatorias perseguibles sólo en la esfera individual, no pudiendo predicarse de ellas colectivización alguna.

Es demostrativo de este análisis también el caso de usuarios del servicio de energía eléctrica ante el corte intempestivo de la prestación por parte de la empresa¹⁰⁶ en donde, por un lado, se advierte la afectación directa a prerrogativas de incidencia colectiva relativas

¹⁰³ C.S.J.N., *Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013), Consids.4° y 11°.*

¹⁰⁴ C.S.J.N., *Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013), Consid.1°.*

¹⁰⁵ C.S.J.N., *Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013), Consid.1°.*

¹⁰⁶ *Cam. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com., Sala 1, C.A.B.A., “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR SA s/ responsabilidad por daños”, Id Infojus: FA00030001, (16/03/2000).*

...a la calidad del servicio, la tutela de los intereses económicos de los usuarios y el control de los monopolios...donde existía una relación de base de tipo abierta y masiva –la relación de servicio público- e incluso una única causa de concretización de cierto aspecto de los derechos –el corte- que repercutía de manera homogénea en la comunidad afectada... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.195)

Lo cual amerita que se arbitren los medios necesarios como para brindar soluciones reparatorias en el plano *estructural homogéneo* (Maurino, Nino y Sigal, 2005) que propendan a la recomposición prestacional en los términos y condiciones en que éstos deben ser procurados o, en su defecto, den lugar al reintegro patrimonial proporcional a la falta de servicio corroborada. Por otra parte, queda también claro que ese mismo hecho es pasible de haber ocasionado “...afectaciones sensiblemente mayores...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.196) en el plano personal de cada usuario damnificado, lo cual indica la necesidad de calificar, y cuantificar, el resarcimiento pertinente al perjuicio provocado, ya sea como daño emergente, como lucro cesante, o como pérdida de chance, así como en la esfera extrapatrimonial, teniendo en cuenta la minoración subjetiva afectada, dentro del ámbito que cada titular del derecho subjetivo conculcado concurra a reclamar.

En definitiva, lo expuesto constituye el modelo aplicable en materia de daño resarcible en el marco de derechos de incidencia colectiva en general contemplando, además, a este subtipo reconocido por la CSJN de intereses individuales homogéneos en particular.

Ahora bien, a modo conclusivo en el presente punto, corresponde enlazar aquella pregunta de investigación a la cual se ha hecho referencia en renglones previos, sobre cuál es el sentido y alcance que debe dársele al concepto de *derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*¹⁰⁷ en el ámbito del derecho de daños, con la propuesta planteada desde la presente hipótesis de trabajo respecto a la existencia de un criterio de categorización mucho más amplio en cuanto a su cobertura, pero objetivamente más estricto en cuanto a sus parámetros de identificación, tal como se hubo de desarrollar en los acápites pertinentes (Cap. II, puntos *d.* y *f.*), ya que el daño

¹⁰⁷ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (2009).

resarcible vendrá a configurarse como un elemento consecuencial de la materialización bidimensional de la lesión, y no de la homogeneidad que su impacto pueda acarrear.

Este marco amplificador de la cobertura implica no circunscribir el *casus* sólo a los supuestos de afectación de prerrogativas de incidencia colectiva taxativamente expuestas en el plexo constitucional¹⁰⁸, sino a contemplar el daño a derechos que, por su propia naturaleza, poseen una dimensionalidad bifronte, acarreado como resultado objetivo ante la afectación a éstos, que los perjuicios individuales y colectivos emergentes se encumbren como las *dos caras de una misma moneda* (Lorenzetti P., 2013). Esto da lugar a que la identificación de sus rasgos característicos ya no esté signada por la idea de homogeneización, tal como se observa en la doctrina “*Halabi*”, sino por esta, más comprensiva, que apunta a calificar la reparación del daño de acuerdo a la propia naturaleza del derecho conculcado y su dimensión afectada.

Esta cuestión viene a alinear sus extremos conceptuales con la nueva perspectiva general que asume el Código Civil y Comercial de la Nación, que deja en claro que

...Los derechos subjetivos no se agotan en el ámbito de los intereses individuales en virtud de que poseen un cariz social; esta faceta social de los derechos individuales fue históricamente señalada por la doctrina nacional y extranjera. El Código toma la naturaleza bifronte (individual y social) de los derechos subjetivos y lo plasma en el articulado... (Pérez Peicij, 2015, pp.402-403)

Lo antedicho, más la necesidad de reparación integral ante la lesión, tal como se verá a continuación, amerita que, a la hora de calificar y cuantificar el resarcimiento de prerrogativas sujetas a esta especie bajo análisis, se lo haga desde una perspectiva omnicomprendiva de sus alcances, y no desde una “...*óptica ortodoxa de los derechos y bienes individuales o propios...*” (Cafferatta, 2014, pp.17) que no admita la posibilidad de brindar soluciones reparatorias *in natura*, o indemnizatorias sustitutivas, también en un sentido bidimensional. Por lo tanto, es importante remarcar que, para esta hipótesis

¹⁰⁸ Algo que la CSJN plantea In Re “*Halabi*” al decir que “...tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados...” sosteniendo, de alguna manera, la idea de que más allá de que el daño, en definitiva, habrá de recaer sobre bienes jurídicos enteramente divisibles, el criterio de cobertura de la categoría atiende siempre a imponerse en el caso de las prerrogativas explicitadas. Este criterio ya fue analizado en el presente trabajo en un intento por agregar, a él, un enfoque mucho más amplio como el que propone Gordillo (2014) (citado en Capítulo I, acápite e., pp. 48-49) en su obra, y que permite adunar una perspectiva más acorde con la categorización que históricamente ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus Opiniones Consultivas.

de trabajo, el sentido y alcance de los llamados derechos individuales homogéneos en la materia bajo indagación, será el de concebirlos desde una mirada, amplificada en lo conceptual y práctico, que los interpreta en su naturaleza bidimensional, y cuyo alcance ante el daño será dado por el grado de materialización que éste haya de provocar en cada una de esas dimensiones.

En concreto, el precitado apotegma permite advertir que, ante el daño acaecido sobre cierto tipo de bienes jurídicos, sus consecuencias resarcibles, material y moralmente, se proyectan de manera bidimensional, es decir, tanto en la esfera de la reparación individual, como en la órbita de la solución estructural. Obedeciendo ello, claro está, a la imposibilidad de inescindibilidad de ambas esferas resarcitorias en función del principio de reparación plena e integral que la CSJN ha, oportunamente, reconocido¹⁰⁹ como de raigambre constitucional¹¹⁰, y que el nuevo Código Civil y Comercial de la nación consagra taxativamente¹¹¹, ya que una concepción restrictiva respecto a ello posicionaría la cuestión en una protección sólo aparente ante el daño injustamente sufrido “...a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas...[u]...otras formas de exclusión resarcitoria...” (Pizarro, R.D., “*Modernas fronteras de la responsabilidad civil: el derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional*”, ACADER).

Si se quisiera abonar ejemplificativamente el criterio antepuesto, sería de suma utilidad el colegir que en casos como “*Labatón*”¹¹², “*Verbrugghe*”¹¹³, “*Mignone*”¹¹⁴ o,

¹⁰⁹ C.S.J.N., “*Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*”, Id Infojus: FA04000197, (21/09/2004).

¹¹⁰ Arts. 19 y 33, Const. Nac. Arg.

¹¹¹ “ARTÍCULO 1740.- **Reparación plena.** La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

¹¹² Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala V, C.A.B.A., “*Labatón, Ester c/Poder Judicial de la Nación*”, (25/09/1996), L.L. Supl. De Derecho Administrativo, (27/11/1998).

¹¹³ Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala 01, C.A.B.A., “*Verbrugghe María Inés -Inc.Med. c/E.N. -M° de Economía- Sec. De Transportes y otro s/ amparo ley 16.986*”, Id Infojus: FA03100096, (26/08/2003).

inclusive, en Autos “Asociación Benghalensis”¹¹⁵, por exponer sólo algunos de los precedentes ya estudiados, no sería factible hablar de una reparación plena e integral, en los términos predichos, ya sea subsumiendo el tema solutorio sólo al ámbito de las respuestas estructurales, Vgr.: una condena a la obligación de hacer consistente en la construcción de rampas para la accesibilidad en los edificios de Tribunales nacionales¹¹⁶, o en el acceso a estaciones ferroviarias¹¹⁷, u ordenar al Estado Nacional el arbitrar los medios para el efectivo ejercicio de la soberanía popular en los institutos penitenciarios dependientes de su autoridad¹¹⁸, o una resolución que obligue a las autoridades a reponer la asistencia y tratamiento de todos los afectados por el virus VIH/SIDA en idénticas condiciones a las garantizadas por la ley a tal efecto¹¹⁹; ya sea atendiendo solamente a la esfera reparatoria individual de cada uno de los particulares damnificados en cada caso concreto, Vgr.: los daños emergentes patrimoniales a afrontar por cada Abogado con movilidad reducida a fin de solventar tal restricción edilicia (contratar personal idóneo para cubrir las tareas en los Tribunales nacionales, por ej.), o el lucro cesante causado por la desigualdad en sus condiciones prestacionales del servicio profesional provocado por la misma¹²⁰, o el daño moral consistente en la minoración subjetiva de aquella persona que resulta discriminada en el acceso al servicio de transporte público a raíz de su situación de movilidad reducida¹²¹, o el daño a la libertad fenoménica de cada recluso en particular ante la imposibilidad de ejercer su derecho al sufragio¹²², o los daños, materiales y morales, emergentes de cada afectado

¹¹⁴ C.S.J.N., “Mignone, Emilio Fermín s/ amparo”, Id Infojus: FA02000004, (09/04/2002).

¹¹⁵ C.S.J.N., “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000).

¹¹⁶ Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala V, (25/09/1996), L.L. Supl. De Derecho Administrativo, (27/11/1998).

¹¹⁷ Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala 01, Id Infojus: FA03100096, (26/08/2003).

¹¹⁸ C.S.J.N., Id Infojus: FA02000004, (09/04/2002).

¹¹⁹ C.S.J.N., Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000).

¹²⁰ Podrían corroborarse tales extremos en los casos de Abogados sujetos a la misma situación de la Dra. Ester Labatón, por ejemplo.

¹²¹ Lo observado In Re “Verbrugghe”.

¹²² C.S.J.N., Id Infojus: FA02000004, (09/04/2002).

por el virus HIV/SIDA dependiente de la asistencia y tratamiento brindados por el Estado Nacional, provocados por la interrupción de los mismos de manera intempestiva¹²³; sino que cualquier solución, para jactarse de su integralidad, debería alcanzar ambos terrenos. Y esto se fundamenta, de manera palmaria, en que prerrogativas como el derecho al trabajo, a la no discriminación, al sufragio, o a la salud poseen una naturaleza bidimensional (Maurino, Nino y Sigal, 2005) o bifronte (Pérez Peicij, 2015; Lorenzetti P., 2013) que ocasionan que ante el daño acaecido, sus consecuencias proyecten efectos reparatorios en ambas esferas, haciendo propicio que, a la hora de certificar en el terreno concreto esas secuelas lesivas, se lo haga sosteniendo un encuadre cuya amplitud intente seguir los lineamientos antedichos.

En cuanto al daño resarcible material, y moral, propiamente dicho, y una vez que proceda su delimitación, habrá de considerarse, en definitiva, que conviven allí tres aspectos, es decir, aquello que hace a lo estructural, lo común y lo individual. En cuanto a los primeros dos rasgos, queda claro que su pertenencia a la órbita dimensional colectiva amerita, en primer lugar, una reparación *in natura* estructural¹²⁴ que sea capaz de recomponer el bien jurídico conculcado al estado previo al menoscabo mediante la fijación de un *patrimonio de afectación específica* destinado a solventar los costos emergentes de la obligación de hacer implicada en el *iter solutorio*¹²⁵. En cuanto a lo común, aparece aquí la necesidad de calificar y cuantificar el daño moral¹²⁶ que atañe al común denominador de sujetos damnificados, a fin de constituir un fondo de compensación colectivo que propenda, claro está, a la distribución de las

¹²³ Tal cual lo corroborado en Autos “Asociación Benghalensis”.

¹²⁴ Tal como se observa en la tipología reparatoria asumida por la CSJN in Re “Mendoza”.

¹²⁵ Resulta un esquema útil de apreciar a tales efectos lo dispuesto por la Ley General del Ambiente N° 25.675 (27/11/2002) en su art.28 en cuanto fija que “...la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación...”, algo que, sumado a la atribución que el nuevo Código civil y comercial de la Nación otorga al Juez en el art. 1713 podría resultar adaptable a otro tipo de casos, y no sólo a lo estrictamente ambiental, además de abonar la posibilidad de hacerlo dentro de un proceso ordinario más comprensivo que el de la vía sumarísima del amparo.

¹²⁶ Que en el ejemplo visto en “Mignone”, estaría representado por el daño subyacente en la restricción al ejercicio del derecho al sufragio, prerrogativa que constituye un pilar fundamental del libre ejercicio de la personalidad ciudadana. Este detrimento bien podría llenar la categoría de daño al “proyecto de vida” o “libertad fenoménica”, ya que la misma se define como “...la realización fenoménica de una decisión libre...” (Fernández Sessarego, 2007, pp.391).

correspondientes indemnizaciones, prorrateadas entre los damnificados que hayan de corroborarse en el caso concreto¹²⁷.

Por último, y ya dentro de la esfera individual del bien conculcado, las consecuencias del detrimento se medirán conforme lo que cada sujeto lesionado concurra a reclamar, ya que allí existe un daño totalmente diferenciado, no predicable de colectivización alguna. Es decir que, tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial del daño, la reparación plena alcanzará a cada damnificado en particular teniendo en cuenta el tipo de menoscabo del que se esté hablando, ya sea la reparación en especie por el daño emergente patrimonial, el lucro cesante o la pérdida de chances, dado el caso o, en su defecto, la indemnización satisfactiva por las minoraciones subjetivas padecidas.

En definitiva, el daño resarcible en el ámbito patrimonial y extrapatrimonial se verá ponderado, conforme al caso, en función del bien jurídico conculcado y los sujetos damnificados en toda su integralidad, es decir, bajo el alcance bidimensional predicho, comprendiendo a las nociones recompositiva y reparatoria en su máximo alcance, teniendo en cuenta la necesidad de aportar resarcimiento y satisfacción, a la vez que brindar soluciones estructurales de manera tal que el desmantelamiento de la lesión sea completo, sobre todo a futuro y en relación a esta *dimensión amplificada* (Maurino, Nino y Sigal, 2005) de las prerrogativas conculcadas. Y ello no pretende encaramarse en una expresión voluntarista, sino en una inteligencia que permite concebir a los principios sentados en la Constitución Nacional como una fuente insoslayable del Derecho de daños (Heredía, 2007), más esta nueva concepción *bicéfala* (Pérez Peicij, 2015) que asume el Derecho Privado todo desde la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

¹²⁷ *En este caso el modelo regulatorio a seguir, aún fuera del microsistema de protección de usuarios y consumidores, sería el plasmado en la letra del art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor N°24.240 (15/10/1993) que en su último párrafo, agregado por Ley N° 26.361 (03/04/2008), establece que la sentencia en acciones colectivas (tales podrían ser acciones de clase en materia de Responsabilidad Civil) procurará alcanzar soluciones "...mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado..."*

e. Los presupuestos de la responsabilidad civil en materia de daños a derechos individuales homogéneos.

A fin de dar un adecuado marco conceptual al tema a tratar a continuación, se impone la comprensión de que, al otro extremo de la determinación del hecho dañoso, y sus consecuencias o efectos, se encuentra la determinación de *quién, o quienes*, serán los encargados de responder ante ese daño injustamente causado (Pizarro, Vallespinos, 1999). Para poder arribar a una determinación efectiva sobre la responsabilidad que habrá de caberle a alguien sobre un hecho ya corroborado, en curso de producción, o previsiblemente en riesgo de producirse, la ciencia jurídica aporta un esquema de presupuestos insoslayables a la hora de efectivizar, en el terreno concreto, tales extremos y vincularlos. Estos requisitos o presupuestos resultan ser el tamiz necesario a fin de poder individualizar tanto la autoría, la extensión de la obligación debida, el parámetro valorativo que justifique tal obligación, así como que la comisión de tal hecho no se halle plenamente justificada. Estos filtros, o requisitos a corroborarse en cada caso, son los que determinarán la relación de causalidad entre el sindicado como responsable y el hecho, algo que la doctrina define como “...*la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido...*” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.3, pp.94), el factor de atribución que resulta ser “...*el elemento axiológico y valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas...a una determinada persona...*” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.575), y la antijuridicidad formal o material de la acción, caracterizada de la siguiente manera;

...una acción es formalmente antijurídica en tanto y en cuanto contraría una prohibición jurídica de hacer u omitir formalmente dispuesta por la ley... [mientras que]...la antijuridicidad material, en cambio, tiene un sentido diferente, sensiblemente más amplio, comprensivo de las prohibiciones por implicancia, que son aquellas que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden público en sus diferentes manifestaciones y alcances, a la moral y a las buenas costumbres... (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.481-482)

Lo predicho conforma la estructura general del sistema de Responsabilidad Civil en el Derecho Argentino, cuya naturaleza jurídica es definida por Güitrón Fuentevilla (2007) al afirmar que, la misma,

...es una carga impuesta unilateralmente por la ley, a quien con o sin su voluntad causa un daño a otro y está obligado a repararlo. También resultará obligada la persona que haga uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos que por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, decíamos, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente... (Güitrón Fuentevilla, 2007, pp.113)

Es indispensable, claro está, que cada uno de estos presupuestos sea certificado en el caso concreto, a fin de vincular a un sujeto de derechos con la obligación de evitar, desactivar, no agravar, o compensar, llegado el caso, sus consecuencias ante el daño acaecido.

Ahora bien, como ya se analizará oportunamente, la existencia de un sistema general como el previsto no obsta la aparición de diferentes subsistemas de dinámica estatutaria¹²⁸, prestos a brindar soluciones en áreas más específicas (Pizarro, Vallespinos, 1999). En tal sentido, basta observar como un parámetro insoslayable de *microsistema* el área de protección legal de usuarios y consumidores¹²⁹, que establece la categoría específica de sujetos pasibles de responsabilidad civil¹³⁰ en el área regulada,

¹²⁸ Esta proliferación de distintos estatutos especiales, fruto de la llamada "crisis" de la unicidad sistémica; Vgr.: Ley N° 24.557 "De Riesgos del Trabajo" (03/10/1995) (Act. Ley N° 26.773, 26/10/2012), Ley N° 23.592 "De Actos Discriminatorios" (23/08/1988), Ley N° 24.192 "De Espectáculos Deportivos" (23/03/1993) y Ley N° 17.048 "Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por daños Nucleares" (02/12/1966) (Ley N° 25.313 "Daños Nucleares", 06/10/2000), surge a partir de regular la prevención y reparación de daños en supuestos específicos bajo parámetros no siempre coincidentes con los de carácter general (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.458).

¹²⁹ Ley N° 24.240, "Ley de defensa del consumidor", (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, "Código Civil y Comercial de la Nación", (08/10/2014), y Ley N° 27.077, "Modificación. Vigencia", (18/12/2014).

¹³⁰ "ARTÍCULO 2°.- Proveedor. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.", Ley N° 24.240, "Ley de defensa del consumidor", (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, "Código Civil y Comercial de la Nación", (08/10/2014), y Ley N° 27.077, "Modificación. Vigencia", (18/12/2014).

además de delinear diferentes supuestos de responsabilidad en los cuales, como se observará oportunamente, las posibilidades de proyección masiva resultan de su propia naturaleza prestacional¹³¹.

Delinear el contenido técnico jurídico del esquema antes descrito, tanto en su estructura genérica como en las áreas de especificidad reseñadas, es lo que permite advertir, ya en un plano de indagación más profunda, y con mayor grado de certeza, cuáles son los rasgos particulares que la Responsabilidad asume en el marco del daño a prerrogativas individuales homogéneas. En definitiva, y una vez delimitado el concepto que se quiere ponderar en el área específica, lo que se pretende, como bien enseña Güitrón Fuentesvilla (2007), es entender a la Responsabilidad Civil en tales supuestos, sobre todo a través de sus implicancias, para poder precisar, así, si se puede sostener, hablar o escribir que se está ante un tipo o clase de responsabilidad tan particular como los hechos y actos que la rodean, o simplemente de una manifestación más del sistema estructurado por el Derecho Común pero que tiende a ostentar, en su estudio concreto, ciertas notas de color que lo definen, sin llegar al exceso de convertirlo en un *microsistema* de Derecho (Pizarro, Vallespinos, 1999). Aclarar este punto será materia esencial a fin de resaltar la definición conceptual que aquí se pretende.

En conexión con lo vertido en párrafos anteriores, es bueno volver a traer a colación las palabras del Dr. Lorenzetti quien, en una de sus obras, afirma que los presupuestos de la Responsabilidad Civil en materia de derechos individuales homogéneos asumen, en cierta forma, un carácter que los particulariza y desdobra su apreciación ya que, por un lado existirán los *presupuestos comunes* (Lorenzetti, 2010) de la responsabilidad que habrán de certificarse de manera nuclear para todos los casos de afectación comprendidos, como un piso común de “...acción, antijuridicidad, imputabilidad y nexa causal...” (Lorenzetti, 2010, pp.123) mientras que, por otra parte, las consecuencias del detrimento que impacten en la esfera individual serán siempre

¹³¹ Como describe Camilo Tale (2012), estos supuestos se enmarcan en el siguiente repertorio: 1. Perjuicios que hacen al “interés de prestación”; 2. Perjuicios irrogados por infracción del deber de información; 3. Perjuicios derivados de la infracción del deber de consejo; 4. Perjuicios causados en la etapa precontractual; 5. Perjuicios que conciernen al “interés de incolumidad” o seguridad física; 6. Daños por incumplimiento de obligaciones en tiempo postcontractual; 7. Perjuicios causados por discriminación y por trato no digno; 8. Perjuicios causados por la violación de la “obligación tácita de Seguridad” implícita en el deber prestacional; 9. Daños causados por productos defectuosos o peligrosos. (Tale, C., 2012, pp. 17-24).

diferenciadas de ese bloque homogéneo (Lorenzetti, 2010). Lo antedicho conforma el mismo parámetro que la Corte Suprema nacional habría de fijar en “*Halabi*” al plantear que

*...hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre...*¹³²

O sea que la presente postura viene a establecer la noción de un núcleo de responsabilidad común a todas las personas afectadas por ese único hecho, divisible pero de manera idéntica, por una parte, y una responsabilidad diferenciada relativa a tantas afectaciones dentro del plano individual como sean constatadas, mensurable conforme sus particulares alcances en tal órbita. Este primer núcleo se relaciona, directamente, con el nexo causal como presupuesto, ya que a esta “*...necesaria conexión fáctica...*” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.3, pp.94) se le viene a adunar, en estos casos, el requisito de la homogeneidad, cartabón imprescindible para comprobar tales supuestos. En cuanto al daño individualmente sufrido por cada uno de los damnificados comprendidos en la afectación común, la *conexión fáctica* a corroborar a fin de poder sindicar Responsabilidad por tales menoscabos será aquella que vincule, sin solución de continuidad, al hecho común ya acreditado con este impacto sobre la esfera individual, ya que al hallarse constatada la causa fáctica común y la vinculación del sujeto responsable con ella, lo único a corroborar será el hilo consecuencial que, según el curso natural y ordinario de las cosas, propaga los efectos del hecho dentro del ámbito personal o patrimonial de cada particular.

Es bueno señalar, además, que esa *conexión homogénea* puede estar signada, también, por una vinculación causal normativa, aunque ello sea materia discutida a la hora de prohiar posturas que intenten derivar Responsabilidad por daños en tales supuestos. Como bien marca Lorenzetti (2010), este particular vínculo causal se presenta en “*...supuestos en los que se trata de una ley que afecta a un grupo indeterminado de sujetos...técnicamente no se trata de un hecho, sino de una cuestión legal...*” (Lorenzetti, 2010, pp.124). Prosigue el citado autor, planteando que “*...normalmente se*

¹³² C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, Fallos 332:111 (2009), Consid. 12°.

refiere a supuestos en los que hay que declarar la inconstitucionalidad, la aplicación o la interpretación de una ley...” (Lorenzetti, 2010, pp.124), pero es más que elocuente al advertir, marcando el punto específico que aquí interesa, que

...en todos los casos, el efecto de la ley es general... [y]...afecta a un grupo de personas, pero no es posible plantear acciones colectivas siempre que haya un problema de inconstitucionalidad, aplicación o interpretación de la ley. Debe probarse claramente que existe un supuesto de afectación de derechos subjetivos y no un mero interés simple de todos los ciudadanos... (Lorenzetti, 2010, pp.124)

Lo sostenido al respecto por el actual presidente de la CSJN remite, claramente, al ejemplo visto en “*Halabi*”, en el cual una ley¹³³, y su correspondiente Decreto reglamentario¹³⁴, formalmente sancionada y promulgada por el Estado nacional entra en interferencia interpretativa con los principios constitucionales sentados en los Arts. 18 y 19 de la Carta Magna. En el caso de *marras*, la cuestión termina trascendiendo a una simple situación de inteligencia normativa, ya que allí se corrobora una *causa normativa homogénea* capaz de afectar, de manera idéntica, a un grupo determinado o determinable de personas. Es fundamental, sobre todo para el presente análisis, comprender que emerge de allí un innegable nexo causal entre el vínculo generado por el acto legislativo emitido por el Estado y la probabilidad de menoscabo, o el detrimento propiamente dicho, que ha de propagarse de manera general, y homogénea, sobre todos los sujetos comprendidos por tal normativa, quedando subyacente, además, la posibilidad de que el daño que hubiera de emanar en la plena aplicación del instrumento bajo análisis, en cuanto a sus efectos dentro de la esfera individual, se pueda corroborar de forma excluyente y diferenciada en cada caso. Inclusive, desde lo plasmado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto reconoce la admisibilidad de acciones preventivas en este marco, se puede colegir, tal como expresamente lo reconoce el Art. 1711¹³⁵ del citado cuerpo legal, que la conexión entre el acto normativo

¹³³ Ley N° 25.873, “*Modifíquese la Ley N° 19.798, en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o Ministerio Público*”, (06/02/2004).

¹³⁴ Decreto Nacional N° 1563/04, “*Decreto Reglamentario de la Ley de Regulación del Servicio de Telecomunicaciones*”, (09/11/2004).

y la probabilidad del menoscabo común ameritan el acceso a la tutela allí prevista, a fin de desactivar, de manera estructural, la probabilidad de consecución del daño injustificado¹³⁶ que la normativa vista en el caso es potencialmente pasible de generar.

Es dable interpretar, entonces, que la conexión causal como presupuesto de la Responsabilidad en el área bajo estudio, puede encontrarse delimitada por el *hecho común cuyos efectos se expanden de manera homogénea*, que es lo que la doctrina y jurisprudencia llamará “...*causa fáctica homogénea*...” (Lorenzetti, 2010, pp.22), o también puede hallarse en el contexto de una causa normativa homogénea, que se verá corroborada en tanto y en cuanto exista un grupo determinado o determinable, concreta o potencialmente, de afectados por esa *fattispecie* normativa (Lorenzetti, 2010). Lo novedoso en el sistema Argentino, tal como lo subrayan Maurino, Nino y Sigal (2005) en su obra, y que resulta determinante para definir la relación necesaria y directa entre una acción u omisión y un resultado dañoso de proyección supraindividual, es que ese nexo causal fáctico o normativo apto para propagar sus efectos de manera homogénea sobre un grupo determinado o determinable de sujetos debe, necesariamente, estar enmarcado en el ámbito de afectación de derechos de incidencia colectiva, es decir que, para ser causa adecuada, la acción u omisión deberá producir resultados, o poner en serio riesgo de producirlos, a bienes jurídicos cuya proyección e implicancia supraindividual sea innegable constitucionalmente¹³⁷.

En definitiva, lo predicho conformará el bloque de *adecuación* a fin de calibrar la extensión del resarcimiento (Pizarro, Vallespinos, 1999) por el daño a prerrogativas individuales homogéneas, ya que esa condición idónea para afectar de manera idéntica a

¹³⁵ “ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

¹³⁶ Recuérdese que el instituto del amparo (colectivo en este caso) es un remedio subsidiario, tal como lo establece la propia letra constitucional, Vgr.: “... Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, **siempre que no exista otro medio judicial más idóneo**...” (Art.43, Const. Nac. Arg.).

¹³⁷ Esto se ve patentizado en aquella causa fáctica o normativa apta para producir resultados dañosos en el ámbito de consumidores y usuarios, o en materia medioambiental, o de defensa de la competencia, o de discriminación, o en materia de grupos tradicionalmente postergados, además de aquellas prerrogativas contenidas por “... los derechos de incidencia en general...” de la fórmula expresada en la Carta magna (Art. 43 2^{do} párr. In Fine) y que ya han sido desarrolladas en el presente trabajo (Ver Cap. I, Acp. e, pp.48-49, clasificación de derechos de incidencia colectiva de Gordillo, 2014).

cada uno de los sujetos comprendidos por una categoría determinada o determinable, será el parámetro objetivo a corroborar en pos de calificar la responsabilidad por el daño a derechos de incidencia colectiva. Tal como se verá al momento de la determinación del factor de atribución, en párrafos posteriores, las consecuencias pluriindividuales inmediatas, mediatas, o inclusive, remotas que habrán de considerarse en el juicio de probabilidad *in abstracto* a realizar en procura de la mencionada adecuación causal (Pizarro, Vallespinos, 1999), deberán estar vinculadas, indisolublemente, al núcleo común de afectación presupuesto para este tipo de casos, descartándose de tal juicio aquellas consecuencias que impacten sobre derechos no homogenizables en el terreno concreto, *Vgr.*: afectaciones en la órbita individual de cada sujeto diferentes de aquellas que lo vinculan con el daño común. Esto no implica modificación alguna en el régimen establecido, de manera genérica, por el código civil y comercial en cuanto a los tipos de consecuencias sobre las que, ante el resultado dañoso, se debe responder¹³⁸, sino que importa un juicio de previsibilidad en el que esas consecuencias deben estar, necesariamente, enlazadas al anteriormente mencionado núcleo de afectación común.

En lo tocante a la antijuridicidad que, como se mencionaba en renglones anteriores, fundamenta su consideración como uno de los presupuestos que ha de comprobarse a fin de atribuir responsabilidad a alguien por el hecho capaz de ocasionar un daño, vale decir que, en el caso del menoscabo a derechos individuales homogéneos, esa consideración deberá atender a la exégesis más amplia de tal parámetro¹³⁹, es decir, siempre se estará hablando allí de una antijuridicidad material, y no meramente formal, algo que, conforme a la letra insigne de la doctrina sentada por la CSJN *in re* “*Santa Coloma*”, se define como una presunción que habrá de cernerse sobre “...*todo acto u omisión que cause un daño a otro, sin que medie causa de justificación...*”¹⁴⁰. Este

¹³⁸ Art. 1726 *in fine*, “...Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles...”. Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

¹³⁹ Algo que se ha transformado en un criterio general de apreciación a la hora de valorar la antijuridicidad de una conducta, conforme “...determina un gran principio rector en la materia, genérico y flexible, que es aquél que prohíbe causar daños a otro en su persona o en sus bienes (*Alterum non laedere*), e impone la consiguiente responsabilidad cuando esa conducta dañosa se conjuga con los demás presupuestos (factor de atribución y relación causal)...” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.482-483).

¹⁴⁰ C.S.J.N., “Luis Federico SANTA COLOMA y otros c/ E.F.A. s/ RECURSO EXTRAORDINARIO”, *Id Infojus*: FA86000420, (05/08/1986).

criterio, que ha devenido en general en virtud de su consagración normativa a través del Art. 1717¹⁴¹ del nuevo Código Civil recientemente entrado en vigencia, posee la virtud de amplificar las fronteras de la antijuridicidad, inclusive, hacia el ámbito de las conductas formalmente lícitas, como se observaba, por ejemplo, en el caso de conexiones causales normativas, ya que el parámetro de apreciación de una acción u omisión determinada no estará signado por su cotejo con el ordenamiento jurídico positivo, sino por el infranqueable límite del principio *Alterum non laedere*¹⁴² que, en el área específica bajo análisis, se verá expresada por la valoración del acto con proyección general o colectiva, y de impacto homogéneo, en función no de su licitud o ilicitud formal, sino de su arreglo material al axioma rector antes mencionado.

Cuando se habla de *causas de justificación* que eximen a una conducta determinada de su calificación como antijurídica, se está hablando de aquellas que son comunes a todo el sistema y se encuentran expresamente reguladas en el art. 1718 del nuevo Código civil y Comercial de la Nación¹⁴³, ellas son: legítima defensa, ejercicio regular de un derecho y estado de necesidad. No obstante, vale la pena aclarar que en el caso de afectaciones a derechos de incidencia colectiva, el marco de causas de eximición de antijuridicidad de una conducta determinada se verá severamente acotado, dada la relevancia de los bienes jurídicos en juego y el tipo de responsabilidad atribuible en estos casos, como ya se analizará al momento de evaluar el factor de atribución.

Ello no importa la inaplicabilidad de las reglas justificantes precitadas, sino que estas reglas deben integrarse con el principio más amplio de la materia (*Alterum non laedere*) ya que, como bien caracterizan los eminentes autores Pizarro y Vallespinos

¹⁴¹ “ARTÍCULO 1717.- Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

¹⁴² “No dañar a otro” principio de raigambre constitucional conforme el art. 19 de la Carta Magna.

¹⁴³ “ARTÍCULO 1718.- Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a. en ejercicio regular de un derecho; b. en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c. para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.”, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

(1999), en el caso de las acciones que, generalmente, son aptas para provocar afectaciones a bienes jurídicos con proyección transindividual o pluriindividual, lo que se corrobora no es un tipo de *daño antijurídico*, sino un tipo de *actividad antijurídica*, y ello ocurre en virtud de que lo más usual es encontrar, dentro del ámbito bajo estudio, actividades que se despliegan, incluso, de manera formalmente lícita, y que entrañan por su propia naturaleza una potencialidad dañosa hacia terceros.

Lo antedicho presupone, entonces, una especial preocupación por calificar a esa actividad riesgosa como antijurídica en tanto y en cuanto haya plasmado sus efectos potencialmente dañosos en el terreno concreto, independientemente de la voluntad de quien lleva a cabo la acción, y con el consecuente resultado de quedar obligado a su reparación plena, por el sólo hecho de haber introducido tal riesgo en la sociedad, y que éste se haya patentizado como un detrimento potencial, o en concreto (Pizarro, Vallespinos, 1999). Esta es la línea directriz que siguen tanto la previsión de reparación plena hacia terceros damnificados en el caso de la legítima defensa, como aquella que reconoce el derecho a indemnización equitativa del afectado en los casos de estado de necesidad, en la fórmula precitada del nuevo Código Civil y comercial de la Nación, ya que lo que allí se pretende reparar, independientemente de la justificación formal del daño, es el injusto material, es decir, los efectos nocivos de una actividad desplegada que quien no la motivó no está obligado a soportar.

El último de los parámetros inexcusables a la hora de evaluar la responsabilidad en sentido técnico jurídico que a un sujeto habrá de caberle por un hecho dañoso, es el del denominado factor de atribución, que consiste en el “...*elemento axiológico o valorativo en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas...*” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.2, pp.575) ante un hecho a un sujeto determinado. Este factor de atribución se clasifica subjetivamente a través del dolo y la culpa, y objetivamente a través de factores como el riesgo creado, la obligación de garantía o deber de seguridad, la equidad, la solidaridad social, la actividad económica en sí misma como factor objetivo de atribución, la igualdad ante las cargas públicas y, en el caso específico de daño a derechos de incidencia colectiva

aparece, además, el abuso de los derechos individuales en desmedro de bienes colectivos¹⁴⁴ como factor autónomo de atribución.

Como primer elemento de aproximación al tema, cabe decir que todo el sistema valorativo de la responsabilidad civil reposa, conforme a lo dispuesto por el nuevo Código Civil y comercial, en una suerte de piso mínimo o base de atribución anclada en la culpa como principio rector, algo que se desprende de la propia lectura de su articulado, en cuanto consagra que “...*La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa...*”¹⁴⁵, revitalizando una peligrosa polémica acerca de los alcances generales de los factores objetivos de atribución¹⁴⁶ en el esquema de responsabilidad. No obstante ello, la tendencia actual, y sobre todo si se toma en cuenta la producción legislativa en materia supraindividual, es que la culpa abandone el sitio de epicentro del sistema, dejando paso al nuevo protagonista axiológico en cuanto a factor de atribución, que se viene a expresar en términos de objetivación de la responsabilidad casi como un criterio general (Pizarro, Vallespinos, 1999), Vgr.: basta contemplar cuales son los parámetros establecidos por la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, o lo propio establecido en la Ley General del Ambiente, así como lo dispuesto en materia de previsibilidad y buena fe contractual por el nuevo Código de fondo¹⁴⁷, en cuanto ello es asociable a un deber general de conducta prestacional que garantice la seguridad de las personas y las cosas en condiciones previsibles y normales (Lorenzetti, 2000).

¹⁴⁴ Art. 14, In Fine, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁴⁵ Art. 1721, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁴⁶ Polémica que ya había sido tratada por lo Dres. Pizarro y Vallespinos (1999) en su obra, y que surgía, en aquella oportunidad, en lo dispuesto por el art. 1602 del Proyecto de código civil y comercial de la Nación de 1998 en cuanto fijaba tal parámetro de base, contradiciendo la tendencia dominante, incluso por aquél entonces, que ubicaba a los factores objetivos de atribución en el mismo plano de jerarquía cualitativa que la culpa (ver al respecto Pizarro, Vallespinos, t.2, pp.576-577).

¹⁴⁷ “ARTÍCULO 961.- Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

Enlazando lo antedicho con el fenómeno del factor de atribución en materia de daño a derechos de incidencia colectiva, va de suyo que el parámetro axiológico que vendrá a encumbrarse como regla en tal ámbito será el objetivo. Ello obedece a que, en general, los cursos de acción más idóneos para producir este tipo de afectaciones, tal como se ha visto a lo largo del trabajo, se desprenden tanto de actividades riesgosas introducidas en el espectro social por agentes con la capacidad suficiente como para propagar, de forma masiva, sus efectos dañosos¹⁴⁸, como así también por acciones u omisiones llevadas a cabo por personas (físicas y jurídicas públicas o privadas) que deben entrañar, necesariamente, una obligación general de brindar condiciones de seguridad prestacional, o la garantía de respuesta por los terceros que de ellas dependan. En igual sentido, se presenta como fundamento la posibilidad de que, en virtud del desequilibrio evidente entre el agente productor del daño y los potenciales damnificados, teniendo en cuenta lo incierto que pueda resultar el detrimento, inclusive con independencia de la voluntariedad del agente, se imponga necesario equiparar las condiciones basándose en criterios de equidad. Se agrega a los predichos argumentos, además, cierto factor de atribución objetivo que se asocia a la posición de la comunidad en general, y de los ciudadanos en particular, frente a la persona pública estatal¹⁴⁹, tal y como es el de la igualdad ante las cargas públicas, así como el principio de solidaridad social que se

¹⁴⁸ Piénsese en el riesgo introducido socialmente por el fabricante en el desarrollo de ciertos productos de consumo masivo que al momento de su comercialización se pensaban inocuos, pero luego, producto de los avances de la ciencia, o de los propios resultados advertidos en su utilización, devienen nocivos (Garrido Cordobera, 2007), o del riesgo introducido por el dueño o guardián de la cosa en los casos de circulación de vehículos automotores (Alterini, 2007), sólo por mencionar algunos ejemplos.

¹⁴⁹ Cabe hacer aquí una pequeña, pero muy necesaria, digresión a los fines informativos. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha, como señala Camilo Tale (2013), expulsado de su texto a "...la responsabilidad por daños irrogados por el Estado..." (Tale, 2013, pp.14) provocando que la misma quede fuera del marco de aplicación del sistema general de responsabilidad civil, y librada a las reglas del Derecho administrativo nacional o local según corresponda, conforme lo que, expresamente, establece el Código en sus arts. 1764, 1765 y 1766 en cuanto a la responsabilidad de los funcionarios públicos. Esto deriva, como bien expresa González Zavala (2012), en el siguiente escenario: "...cada provincia e incluso cada municipalidad podría (y debería) regular su propia responsabilidad. Las derivaciones negativas de esta arquitectura saltan a la vista. De arranque: inflación legislativa, con las consiguientes redundancias e incoherencias (atomización normativa: la responsabilidad del Estado como una «torre de Babel»). Pero más peligroso, claro está, es la desigualdad de trato y que se fijen restricciones contrarias al *Alterum non laedere*..." (González Zavala, 2012, pp.89). De hecho, a nivel federal ya existe un dispositivo legal, de dudosa constitucionalidad según Gordillo, (2014), que regula la mentada responsabilidad del Estado, se trata de la Ley N° 26.944, de "Responsabilidad Estatal", (07/08/2014). De lo expuesto se colige que, a futuro, será recomendable hallar un sistema más propicio como para subsanar esta cuestión, básicamente, porque en materia de bienes supraindividuales, la responsabilidad que le suele caber a los Estados por acciones u omisiones aptas para la producción de un detrimento resultan ser algo bastante habitual, y el peligro subyacente de dejar librada la fijación de la responsabilidad a un marco regulatorio de tipo administrativo reduce, evidentemente, las posibilidades de protección plena que requiere la sociedad conforme a los principios constitucionales en la materia.

presenta, en este área, como insoslayable a la hora de valorar la responsabilidad que le cabrá a un sujeto por un hecho determinado, o lo específicamente regulado en el Código de fondo respecto a que el ejercicio regular de cualquier derecho individual no podrá ir en desmedro de prerrogativas supraindividuales. Además, se impone la comprensión de que los bienes jurídicos conculcados en tales casos de afectación, poseen una relevancia superior que bien amerita esta objetivación de la responsabilidad, y que permite adecuar, de manera flexible y extensiva, tales parámetros de atribución a fin de brindar soluciones más justas y equitativas en la materia (Pizarro, Vallespinos, 1999).

De ello se colige, como primera medida, que la responsabilidad objetiva por el daño a bienes supraindividuales se asentará en pilares esenciales tales como la especial posición de garante del agente productor del hecho; la capacidad, dada su posición en el marco de una relación jurídica determinada, o no, de expandir los efectos nocivos del hecho por él cometido; el tipo de actividad riesgosa desplegada y los efectos, tanto directos como colaterales, de esa actividad; el evidente desequilibrio en el que se encuentran, a priori, los potenciales damnificados respecto del agente responsable, algo que amerita un agravamiento de la carga impuesta hacia quien detenta un mayor poder en esa relación; y, por último, la enorme relevancia social que ciertos bienes jurídicos asumen en el marco de una comunidad y que obligan a imponer reglas estrictas en cuanto a su cuidado y uso sustentable, a fin de hacerle *internalizar* los costos que debe soportar quien, por su inobservancia, afecte a tales bienes generales (Lorenzetti, 2010).

En concreto, y en materia de daños a derechos individuales homogéneos en particular, la exigencia de llenado de los presupuestos de la responsabilidad civil pasará por certificar, ante el hecho: **a.** una conexión causal homogénea fáctica, o normativa, que revista el nexo adecuado como para vincular a una acción u omisión determinada, con el resultado dañoso sobre bienes jurídicos pluriindividuales de manera uniforme. Pero además, ese nexo causal debe corroborarse idóneo como para explicar la afectación a bienes jurídicos que, por diversas razones¹⁵⁰, se encumbran como una categoría de derechos de incidencia colectiva ; **b.** una acción u omisión que importe,

¹⁵⁰ En razón de garantizar su plena justiciabilidad, o por su relevancia social, o por corresponderse con prerrogativas de grupos tradicionalmente postergados, o por ser derivaciones de derechos de incidencia colectiva (ambiente, de usuarios y consumidores, etc.) taxativamente consagrados en el plexo constitucional (C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (2009), Consid. 12).

materialmente, un hecho o actividad antijurídica, es decir que, aunque se trate de un despliegue formalmente lícito, la frontera insoslayable en el análisis estará signada por el principio *Neminem laedere*, incluso ante la potencialidad dañosa de la actividad riesgosa, elongando el test de antijuridicidad hacia la evaluación de la propia actividad de manera precautoria; *c.* un factor de atribución objetivo fundado en la carga unilateral que impone el ordenamiento jurídico a quien, con o sin voluntad, produzca un detrimento, o genere las condiciones potenciales para que éste se produzca, mediante el despliegue de su propia actividad o mediante la utilización de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que, por su naturaleza, importen un riesgo para terceros (Güitrón Fuentesvilla, 2007) o, inclusive, se valga de la actividad desplegada por sus dependientes. Esta carga extiende sus extremos de responsabilidad, objetivándola, y poniendo el eje sobre el detrimento y sus víctimas y no sobre la valoración de la conducta del agente, por ello es que su obligación de respuesta ante el menoscabo será siempre directa, salvo que pueda acreditar la ruptura del nexo causal entre la actividad propia desplegada y el resultado dañoso¹⁵¹. Este último elemento resulta de particular importancia en el caso de afectaciones a prerrogativas individuales homogéneas ya que, en tales casos, pueden darse dos escenarios muy disímiles, a saber: puede ocurrir que el agente alegue, y pruebe, la ruptura del nexo causal homogéneo, es decir, la desconexión total entre el hecho y los efectos dañosos padecidos por el grupo, caso en el cual, claro está, no existirá responsabilidad Civil alguna; puede suceder, sin embargo, que el sujeto sindicado como responsable logre acreditar una ruptura parcial de ese nexo causal, o sea, que no obstante quedar corroborada la causalidad homogénea se pruebe que, la misma, no alcanza a todos los supuestos damnificados por el hecho, o que, aun probándose la ruptura del curso causal homogéneo, quede a resguardo la responsabilidad que le cabrá al agente por cada resultado dañoso en donde el nexo causal particular se vea corroborado. Habrá aquí una cierta unidad causal en cuanto a los efectos dañosos que se certifiquen, en cada esfera individual, pero no habrá conexión homogénea ya que, por un lado, los resultados nocivos serán particulares de cada damnificado, y por otro, no existirá entre cada daño individual un vínculo

¹⁵¹“ARTÍCULO 1722.- Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

uniforme, es decir, un elemento que los sitúe como supuestos de bienes jurídicos de proyección supraindividual.

Volviendo al punto de la ruptura del nexo causal, va de suyo que para acreditar tal interrupción el sindicado como autor del menoscabo deberá probar la causa ajena, es decir, “...*la presencia de factores extraños...*” (Pizarro, Vallespinos, 1999, T.3, pp.108) aptos para *suprimir* o *aminorar* los efectos de su acción. En el caso del detrimento a derechos individuales homogéneos, como ya se ha dicho, se da la particularidad de la existencia de un núcleo de efectos comunes de esa acción u omisión, pero divisibles en cabeza de cada uno de los damnificados de manera idéntica, lo que viene a producir una cierta reformulación de las características que deberá asumir esa *causa ajena*, a fin de eximir de responsabilidad total o parcial al supuesto dañador. Ello se expresa en que, en estos casos, el *hecho de la víctima*¹⁵² como supuesto de interrupción del nexo causal quedará subsumido a la eximición del agente responsable en cuanto al detrimento producido individualmente en cabeza del damnificado que, de alguna manera, haya contribuido a tal producción, pero no en cuanto a eximirlo del núcleo común de afectación homogénea antes mencionado ya que, en tal caso, sería necesaria una contribución de todos y cada uno de los potenciales damnificados en condiciones de identidad ante el bien jurídico conculcado para propiciar tal expoliación causal sobre el resultado. En cuanto a *la actuación de un tercero por quien el sindicado no debe responder*¹⁵³, va de suyo que la acreditación de la conexión causal entre el hecho acometido por ese tercero no dependiente y el resultado nocivo común eximirá de responsabilidad al agente sindicado, a priori, como tal, siempre y cuando ello importe probar que, el mismo, no pudo ni prever ni evitar tales consecuencias ya que, de no poder acreditar tal imprevisibilidad o inevitabilidad sobre el daño homogéneo, quedará

¹⁵² “ARTÍCULO 1729.- Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁵³ “ARTÍCULO 1731.- Hecho de un tercero. Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

obligado bajo las reglas de la responsabilidad plural¹⁵⁴. En cuanto al *caso fortuito o fuerza mayor*, éste importará la eximición de responsabilidad civil en el caso de daño a derechos individuales homogéneos siempre que se acrediten los parámetros de imprevisibilidad o inevitabilidad ya vistos, y en tanto y en cuanto ello no implique alguna de las excepciones previstas por el Código de fondo al respecto, sobre todo la atinente a las contingencias propias del uso de las cosas riesgosas o del despliegue de una actividad¹⁵⁵. Existe como posibilidad, además, la vía de acreditación de interrupción del nexo causal por *imposibilidad de cumplimiento de la prestación*, en el caso de que la situación homogénea esté signada por una relación contractual previa con el agente sindicado como responsable de la afectación; *Vgr.*: contratos de adhesión a la prestación de un servicio; en cuyo supuesto deberá probarse que tal imposibilidad es objetiva, absoluta y no imputable en modo alguno al obligado¹⁵⁶.

Para el caso del análisis sobre la responsabilidad civil en el marco del daño a bienes jurídicos bidimensionales, conforme la hipótesis de trabajo aquí propuesta en virtud de brindar un ámbito de cobertura más amplio que el de los derechos individuales homogéneos antes descriptos, si bien, en general, los presupuestos ya explorados no varían en cuanto a alcances y parámetros a cumplir a fin de imputar responsabilidad y

¹⁵⁴ “ARTÍCULO 1751.- Pluralidad de responsables. Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014). Art. 40 in fine, “...La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena...”, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

“ARTÍCULO 29. — La exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...”, Ley General del Ambiente N° 25.675 (27/11/2002).

¹⁵⁵ “ARTÍCULO 1733.- Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a. si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b. si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c. si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d. si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e. si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f. si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁵⁶ Art. 1732, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

delimitar la extensión de la misma, si se produce una muy significativa variación en cuanto a la relación de causalidad, tal como se verá a continuación.

En ocasión de estudiar la causalidad en el ámbito de daños a derechos individuales homogéneos se afirmaba, en igual sentido que el parámetro fijado por la Corte en “*Halabi*”, que la misma importa una vinculación adecuada entre un hecho, o una norma, y la afectación replicada de manera idéntica sobre un grupo determinado, o determinable, de sujetos. Ese nexo causal homogéneo no implicaba un detrimento sobre un bien colectivo, sino sobre bienes enteramente divisibles, todos conectados por el padecimiento común, pero no solamente por ello ya que, para corroborar la causalidad adecuada en tales supuestos se hacía preciso, además, que ese menoscabo fuera considerado, en virtud de un elemento axiológicamente certificable (prerrogativas atinentes a usuarios y consumidores, a afectaciones al ambiente, a minorías tradicionalmente postergadas, etc.), de una relevancia social tal que trasuntara la proyección meramente individual. En definitiva, no sería la cuestión de uniformidad en la afectación el único rasgo de identificación en la relación de causalidad adecuada para esta categoría, sino que, además, sería necesario probar que existe una situación jurídica pasible de homogeneización¹⁵⁷.

El problema más grave que reviste tal apotegma en términos prácticos, como ya se ha observado¹⁵⁸, es que para poder acreditar fehacientemente la adecuación causal en el daño a prerrogativas individuales homogéneas se debe certificar, necesariamente, una comunidad de intereses afectados que, además de ser comunes e idénticos, deben hallarse calificados por las circunstancias antes descriptas, como intereses dignos de tutela supraindividual. Tales argumentos se corroboran, en sentido positivo¹⁵⁹, cuando la Corte admite la responsabilidad sobre la afectación pluriindividual homogénea en virtud

¹⁵⁷ Como sostiene la doctrina troncal aquí seguida (Maurino, Nino y Sigal, 2005; Lorenzetti, 2010; Gil Domínguez, 2011), lo fundamental a tener en cuenta a fin de corroborar el nexo de causalidad adecuado, es que un hecho, o supuesto normativo, debe ser capaz no sólo de causar un efecto homogéneo sobre cada derecho conculcado, sino que esos derechos, o bienes jurídicos divisibles, conculcados deben estar precalificados como de implicancia colectiva. En definitiva, el rasgo saliente será que un hecho determinado, para ser causa adecuada de un daño a prerrogativas de esta tipología, deberá ser fáctica y objetivamente idóneo para ser artífice de la afectación a un interés común y homogéneo.

¹⁵⁸ Ver al respecto Primera Parte. Capítulo I. Ac. C, pp.31 a 33.

¹⁵⁹ C.S.J.N., “*PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*”, Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013).

del impacto de una acción sobre una pluralidad relevante de intereses (consumidores adheridos a un servicio de medicina prepaga) en el marco de daño a un bien jurídico supraindividual (derechos de consumidores y usuarios) (Verbic, 2013-B). En sentido negativo, se puede tomar como ejemplo lo vertido en autos “*Defensoría del Pueblo de la Nación*”¹⁶⁰ en cuanto la Corte descarta allí la existencia de una conexión causal entre los hechos y un núcleo común de afectación homogénea, por tratarse de intereses individuales circunscriptos a la esfera de derechos subjetivos en cabeza de cada particular damnificado. Lo que allí se expresa, en todo caso, es una relación causal entre un hecho y sus consecuencias sobre los bienes de cada sujeto, no pudiendo predicarse, ante ello, ningún tipo de comunidad afectada por un resultado nocivo.

Ahora bien, en pos de propugnar una alternativa a este nudo problemático antes descripto, emerge la posibilidad de explicar esa conexión causal, fáctica o normativa, necesaria en materia de daños a bienes jurídicos supraindividuales, a través de su adecuación a una consecuencia determinada dentro de la órbita dimensional correspondiente, esto es: una vez determinada la *imputatio facti*, es decir, la autoría de la acción u omisión que resulte condición necesaria del resultado dañoso, será tiempo de calibrar la extensión de esa responsabilidad (Pizarro, Vallespinos, 1999), y para ello, el análisis deberá centrarse en la determinación de la órbita dimensional sobre las que impacte el producto consecuente de sus acciones.

Si se tomaran como objetos de análisis, a fin de ilustrar lo antedicho, los precedentes judiciales recién empleados en materia de derechos individuales homogéneos (tanto aquél que los receptaba como doctrina, como aquel que no), se podría colegir que, bajo la óptica propuesta, tanto en el caso de los clientes adheridos al servicio de medicina prepaga, como en el supuesto de clientes bancarios, se está frente a la existencia de sujetos titulares de un derecho bidimensional, tal y como es la prerrogativa que tutela a usuarios y consumidores, que posee una órbita dimensional individual; *Vgr.: el derecho subjetivo de cada usuario y consumidor*, y una dimensión colectiva compuesta por los derechos de consumidores y usuarios en clave supraindividual; *Vgr.: “...la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a*

¹⁶⁰ C.S.J.N., “*Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. –dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986*”, *Fallos*: 330:2800, (2007).

la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno... ”¹⁶¹ y a la garantía de que, a través de políticas dirigidas hacia tal fin, el Estado asegure los beneficios de tal tutela. Esta naturaleza bifronte o bicéfala¹⁶² (Pérez Peicij, 2015; Lorenzetti, P., 2013) como modo de ser de muchos bienes jurídicos amerita que, ante una acción u omisión dirigida a producir un resultado dañoso sobre ellos, se imponga la necesidad de determinar, y para ello es esencial trazar acabadamente la adecuación pertinente, la estricta relación causal entre ese hecho y el área en donde, el mismo, ha de producir resultados.

En definitiva, el nexo causal será tal cuando el hecho sea la condición necesaria para producir resultados lesivos dimensionales según el curso ordinario y natural de las cosas. Siguiendo con el contenido ventilado en “*PADEC c/Swiss Medical*”, y tomando en cuenta que la *condición necesaria* en el caso se encuentra enmarcada en el ámbito de los llamados contratos de adhesión¹⁶³, se podría hacer la siguiente diferenciación: si el hecho bajo análisis fuera la incorporación, unilateral o convenida, de una cláusula particular¹⁶⁴ en uno de esos contratos, que resultara ser abusiva conforme a la valoración objetiva de la misma y a los parámetros legales vigentes¹⁶⁵, provocando “...un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor...”¹⁶⁶, la conexión entre antecedente y consecuente se vería

¹⁶¹ Art.42, 1^{er} párr., Const. Nac. Arg.

¹⁶² Es bueno agregar que esta clasificación es la que, según Pérez Peicij (2015), ha primado en la perspectiva de concepción de los derechos subjetivos dentro del nuevo Código Civil y comercial de la Nación. Ello resulta novedoso en el sistema sustantivo del derecho privado, pero no ha hecho más que recoger los pilares filosóficos, y jurídicos, de la doctrina interamericana de Derechos humanos (Art. 75, inc. 22, CN).

¹⁶³ “ARTÍCULO 984.- Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁶⁴ “ARTÍCULO 986.- Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁶⁵ Arts. 988,989, 1117 y ccdtes., Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁶⁶ Art.1119 in fine, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

corroborada en la existencia de la cláusula abusiva como causa del perjuicio sobre los derechos de ese consumidor en particular. Tal hecho será la *condición necesaria* para producir un resultado en la *esfera individual* de ese bien jurídico, no pudiendo predicarse de ello una extensión mayor, aun en el supuesto en que se acumularan pretensiones análogas. Ahora bien, si la modificación se produjera, de manera unilateral, sobre una cláusula general predispuesta¹⁶⁷ tornando a la misma en abusiva bajo los parámetros ya reseñados, se estaría frente a un hecho idóneo para provocar efectos lesivos en el ámbito dimensional colectivo de los derechos de consumidores y usuarios, independientemente de que su producción efectiva se corrobore en un caso particular ya que, en tal situación, lo que se estará certificando es el resultado dañoso efectivo, o potencial pero razonable, sobre un miembro de un grupo determinado o determinable; *Vgr.: los afiliados a Swiss Medical S.A.*, y potencial sobre todos los componentes de esa comunidad categorizada, y ello obedece, justamente, a que la condición antecedente es idónea para provocar el resultado consecuente en una órbita dimensional que, por su propia naturaleza, trasciende el plano individual.

En la misma línea del cuadro de razonamiento predicho se podría, trazando parámetros análogos, vislumbrar la diferencia existente entre un hecho autónomo, por *ej.:* un centro asistencial en particular que denegara la provisión de tratamiento, medicación y rehabilitación a una persona afectada por el virus HIV/SIDA como antecedente necesario y adecuado del consecuente daño al bien jurídico salud en la esfera de pertenencia individual del damnificado, entre otros resultados lesivos que de tal omisión dimanen, al mismo supuesto emplazado en el marco de una falta de suministro y condiciones mínimas de prestación estructural como condición necesaria de una afectación al mismo bien, la salud, pero con impacto en otra de sus dimensiones, la colectiva¹⁶⁸, ya que es insoslayable tanto la distinción causal como la potencialidad expansiva del resultado lesivo en ambas situaciones, algo que se ve reflejado, de manera

¹⁶⁷ “ARTÍCULO 985.- Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁶⁸ Este es el ejemplo descrito in re “C.S.J.N., “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, Id Infajus: FA00000121, (2000)”.

palmaria, al momento de determinar la conexión material entre un hecho y el daño acaecido y, sobre todo, de esclarecer cual ha sido la verdadera dimensión alcanzada por esa acción u omisión lesiva.

Este factor de conexión causal dimensional será el que explicará, objetivamente, tanto la atribución, a un sujeto determinado, de la autoría del daño, como la adecuación, en términos de fijar la extensión del resarcimiento por éste debido, del grado de responsabilidad exigido. De lo predicho se habrá de interpretar, también, que el sindicado como autor de un daño a un bien jurídico determinado en su esfera dimensional colectiva podría acreditar la ruptura del nexo causal probando, justamente, que su acción u omisión ha sido idónea para provocar un resultado lesivo sólo en la órbita dimensional individual de ese bien, desconectando causalmente la proyección supraindividual del detrimento y circunscribiéndola, claro está, al damnificado particular. Claro que tal carga probatoria se corresponderá con los criterios sentados en el Código de fondo, tanto en el sentido de la prueba de la ruptura del nexo causal *stricto sensu*¹⁶⁹, como de los parámetros planteados en términos generales¹⁷⁰.

Como conclusión del acápite, vale sentar posición en función de que, en la búsqueda de la determinación de la responsabilidad civil en materia de daños supraindividuales, el Norte debe estar fijado en alcanzar patrones rigurosos en la delimitación de cada uno de los presupuestos, aquí se intenta brindar una alternativa en tal sentido, pero, sobre todo, en procura no de recrear un microsistema estatutario como los que ya existen, ni establecer una visión crítica de la existencia de un sistema general, de hecho ese esquema de presupuestos generales resulta ser el punto de partida para el modelo propuesto, sino de plantear la posibilidad de un modelo de responsabilidad civil abarcativo de los desafíos que la hora impone. En tal sintonía, el tema puntual de la relación de causalidad, como presupuesto de determinación de esa responsabilidad, supone un nuevo rol en la actualidad que, como bien señalan los eminentes Pizarro y

¹⁶⁹ “ARTÍCULO 1736.- Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁷⁰ Arts. 1734 y 1735, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

Vallespinos (1999) ha agigantado su relevancia a punto de basarse en criterios científicos que permiten, hoy, dotar a su examen de la autonomía conceptual y funcional necesaria como para “...saber hasta dónde quiere el derecho que los hombres respondan por sus actos...” (Soler, 1999, T.1, pp.354).

f. La figura del daño punitivo. Concepto y caracteres. Regulación actual y perspectivas de aplicación en materia de derechos individuales homogéneos

En oportunidad de recorrer, en el marco del presente trabajo, las distintas funciones que el ordenamiento jurídico brindaba ante el acaecimiento del daño, o su razonable amenaza de producción, se hacía mención a la función preventiva que, en términos conceptuales, era definida como un “...derecho a la evitación del daño, que se emplaza EX ANTE, tratando mediante la adopción de medidas de prevención, impedir la consumación del daño...” (Cafferatta, 2014, pp.16) y en términos normativos encontraba sus orígenes dentro del ámbito del derecho ambiental, marco en el cual su desarrollo ha sido, por lo menos hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, más exhaustivo. La prevención del daño, entonces, asumió una especial preponderancia en materia medioambiental en primer término¹⁷¹, justificado ello en la relevancia del bien jurídico protegido y su imposibilidad recompositiva en la mayoría de los casos, para luego, y ya si con la incorporación al sistema de un nuevo código de fondo en materia de derecho privado, expandirse en un rol protectorio general, independientemente de cual fuera el bien jurídico amenazado por la actividad direccionada hacia un resultado lesivo¹⁷², llegando a incorporar, inclusive, una acción tutelar específica¹⁷³ al respecto.

¹⁷¹ Arts. 2° inc. G y K, 4 y 30 in fine, Ley N° 25.675, “Ley General del Ambiente”, (28/11/2002).

¹⁷² “ARTÍCULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la

En cuanto a la función resarcitoria del derecho de daños ante el resultado lesivo acaecido, tanto su conceptualización como sus extremos regulatorios han merecido sendas páginas de análisis en la presente obra, por eso a ellas se remite¹⁷⁴ en honor a la brevedad. Aunque, a modo de resumen conceptual se puede sostener, como lo hicieran los Dres. Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci y Highton de Nolasco en los fundamentos del anteproyecto de Código civil y Comercial de la Nación, que tal función estará signada por “...*el deber de reparar que surge de la violación del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación...*” (Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci, Highton de Nolasco, 2012, pp.681), además de los presupuestos que delimitan su ponderabilidad, Vgr.: *antijuridicidad, factores de atribución, relación de causalidad y daño.*

La tercer función admitida por el ordenamiento se corresponde con la sanción pecuniaria disuasiva o daño punitivo, un polémico instituto de marcada procedencia foránea que resulta extraño, a priori, al campo de la responsabilidad civil, más enfocada en la reparación y prevención del daño (Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci y Highton de Nolasco, 2012). Este instituto, y toda la concepción funcional punitiva en materia civil, que encuentra sus orígenes en el derecho anglosajón y goza de gran predicamento en los países cultores del *Common Law*¹⁷⁵, principalmente dentro del sistema legal norteamericano (Ylari, 2014), posee como característica distintiva que su naturaleza jurídica no se funda en la relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, como en el caso de la reparación, o en el deber general de prevención de todo daño que pesa sobre todo sujeto de derecho, sino que, en el caso de la noción de *marras*, su justificación se asocia, de manera estricta, a la conducta desplegada por el sujeto

magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁷³ Arts. 1711, 1712 y 1713, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁷⁴ Ver al respecto Capítulo III, Acp. c y d, pp. 153-197.

¹⁷⁵ Trad. Del Inglés: “derecho común”; “...puede afirmarse, en términos generales, que el Common law es el sistema jurídico de la casi totalidad de los pueblos anglosajones. Que se trata, desde el punto de vista de la administración de justicia, de la aplicación del derecho a través de los casos particulares (*case law*) y no en función de principios generales...” (Garrone, 1993, T. I, pp.412-415).

dañador, con una finalidad inmediata de castigo graduado en función a la gravedad de ésta y disuasión para el autor de cara al futuro, por una parte, más la finalidad mediata de prevención general en procura de desincentivar conductas disvaliosas del mismo tipo hacia adelante (Lorenzetti, et. al., 2012; Ylarri, 2014).

La primer disquisición que resultará necesario hacer gira en torno a la propia denominación de la figura ya que, como se definía en los renglones anteriores, aquí no hay una indemnización por una afectación que pueda calcularse sobre la base de tal detrimento, o la necesidad de que un curso de hecho se inhiba a fin de evitar el daño que, seguramente, éste habría de producir, lo que aquí existe es un castigo pecuniario al autor de una conducta calificada por el derecho de una manera determinada, por lo cual, la denominación de daño punitivo, como bien señalaran los Dres. Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci y Highton de Nolasco en los fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012), deviene equívoca toda vez que subyace en su fisonomía la idea sancionatoria y disuasiva como sus inescindibles componentes, y no una concepción reparatoria de una afectación. En resumen, serán estos rasgos distintivos que delimitan su naturaleza jurídica los que justificarán que tal tipo sancionatorio sea, en la práctica, “...un instituto jurídico siempre accesorio o incidental, es decir, que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo, ya que no existe una acción autónoma para reclamar daños punitivos...” (Ylarri, 2014, pp.47).

En renglones anteriores se hacía mención a que el instituto de marras era un factor causante de no pocas polémicas respecto a su aplicabilidad dentro del sistema jurídico interno, siendo variadas y numerosas las posturas que vinieron a alimentar tal debate. A manera de síntesis, y sólo con la pretensión de ilustrar el tenor de las discusiones, además de dejar planteado un eje filo jurídico sobre el cual luego se volverá, en ocasión de vislumbrar sus perspectivas, se extraen dos posiciones dogmáticas, una contraria y otra favorable, que resumen los lineamientos de la controversia presentada, a saber: Picasso (2007; 2008) vendrá a erigirse como uno de los principales detractores del instituto al sostener que el poder sancionatorio, capacidad asignada a la figura de los daños punitivos, excede a la órbita del Derecho privado y guarda, en cambio, estricta

relación con el Derecho penal, con las limitaciones constitucionales que ello implica¹⁷⁶, haciendo evidente que “...la consagración legislativa de los “daños punitivos” requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y abierta cláusula general. Lo mismo ocurriría, naturalmente, con el monto de la sanción...” (Picasso, LL 2007-F-1154). Por lo predicho, y por las propias características de cada rama jurídica en particular, es que el autor precitado colige que el Derecho Civil se halla impedido de cumplimentar los extremos regulatorios que tal institución requeriría para su adecuación constitucional.

En un sentido favorable a la incorporación y aplicabilidad de la figura bajo análisis aparecen las expresiones de los Dres. Pizarro y Vallespinos (1999) quienes, conforme su opinión del tema, valoran como un instrumento útil a la sanción pecuniaria disuasiva, a fin de coadyuvar al pleno desmantelamiento de los efectos derivados de ciertos ilícitos ya que, según su óptica, la función resarcitoria *per se*, muchas veces, se exhibe como insuficiente para la consecución de tal objetivo, provocando un beneficio económico para el dañador, aun después de pagar las indemnizaciones pertinentes. Los eminentes autores justifican, también, la adopción de la figura en los casos en donde la conducta del dañador esté signada por un factor subjetivo de atribución, *Vgr.*: más relativo al dolo que a la culpa, ya que interpretan necesaria la punición pecuniaria ante ciertas inconductas graves como la del dañador que actúa con un claro menosprecio de las consecuencias y resultados lesivos que hubiere de causar, aun sin la necesidad de corroborarse, en tales casos, un beneficio económico producto de tales acciones. Por último, y respecto a la adecuación constitucional del instituto del daño punitivo, los Doctores interpretan que tal regulación devendría arreglada a la letra de la Carta Magna siempre que tuviera a resguardo las garantías del derecho de defensa del sancionado, y que su aplicación no se transformara en excesiva y arbitraria, teniendo en cuenta que el instituto de marras se enrola bajo el concepto de pena privada, y no de orden público.

Si bien los debates acerca de los daños punitivos no desaparecerían en la esfera de la doctrina nacional, como señalan Centanaro, Dresdner, Debrabandere y Martín Riva (2013), surgiría un hecho superador de tales controversias que llegaría de la mano de la

¹⁷⁶ *Vgr.*: el principio de reserva penal “...nullun crime nulla poena sine lege...” (Soler, 1999, 11ª Ed., T.1, pp.135) que, conforme la letra del plexo constitucional argentino se lee como la garantía de que “...Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...” , art. 18 Const. Nac. Arg.

regulación positiva de las sanciones pecuniarias disuasivas en el ámbito normativo de tutela de usuarios y consumidores, a través de la ley modificatoria N° 26.361 de 2008¹⁷⁷. La citada fórmula legal vino a recoger, bajo el criticable¹⁷⁸ *nomen iuris* de *daño punitivo*, las expectativas favorables a su admisibilidad dentro del ordenamiento nacional, aunque más no fuera circumscripta a la órbita consumeril.

En cuanto a los caracteres principales que definen a la fórmula normativa de marras, el primero de ellos estará signado por el supuesto de hecho que amerita la procedencia de la sanción, ya que allí subyace el verdadero factor de atribución que el daño punitivo ostenta en el contexto regulado. Precisamente este es, quizás, el punto más controversial del artículo 52 bis ya que, como plantea Picasso (2007), la vaguedad de la redacción hace procedente interpretar una objetivación del factor de atribución, es decir que, cuando la norma consagra que “...*Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor...*”¹⁷⁹ podrá caberle una sanción pecuniaria disuasiva está propugnando, en realidad, la idea de que ante el sólo incumplimiento obligacional o legal, sin mediar calificación subjetiva de la conducta de ningún tipo, o resultando totalmente indiferente ante la misma, la mentada punición podrá ser aplicable, lo cual produce, conforme a las opiniones mayoritarias dentro de la doctrina¹⁸⁰, una desnaturalización del sentido de tal instituto, toda vez que la multa civil se introduce con la finalidad de propiciar un castigo y una disuasión ejemplificadora sobre el autor

¹⁷⁷ “ARTICULO 25. — Incorporase como artículo 52 bis de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, el siguiente texto: Artículo 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”, Ley N° 26.361, “Modificación de la Ley N° 24.240. Disposiciones complementarias”, (03/04/2008).

¹⁷⁸ Cierta doctrina, sumándose a la calificación de equívoca hecha por los Dres. Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci y Highton de Nolasco (2012), considera censurable la denominación optada por la norma ya que lo que se pretende castigar con ella no es el resultado lesivo propiamente dicho, sino la inconducta de quien lo genera, dado su impacto social, o su particular gravedad (Bas, Garzino y Costanza, 2011).

¹⁷⁹ Art. 52 bis, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

¹⁸⁰ Al respecto, es muy útil el estudio que en su artículo realiza Vítolo (2013), resumiendo allí las consideraciones de los sectores más representativos de la doctrina en la materia. (ver Vítolo, “Sanciones pecuniarias disuasivas”, LL2013-E, 699, 04/09/2013).

del daño ante una grave y desaprensiva actitud de éste, tomando en consideración, especialmente, la conducta maliciosa y abusiva de quien lleva adelante tal inconducta. Todo ello, en definitiva, no arroja un razonamiento que permita ir en otro sentido que no sea el de la existencia de un factor subjetivo de atribución para que la sanción retributiva sea procedente, cosa que no queda determinada con la claridad necesaria, y deseable, por la normativa.

Esta vaguedad ya mencionada se controvierte, claro está, con los criterios a ponderar al momento de cuantificar el monto de la multa civil a aplicar, en tanto y en cuanto establece, para ello, que la sanción “...se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...”¹⁸¹ algo que, si bien mantiene cierta austeridad en su factura, invita, en un sentido más nítido, a asociar a la noción vertida en la norma con el juicio de reprochabilidad que se deberá hacer sobre la gravedad de la actitud del dañador; juicio que tendrá en cuenta inconductas tales como “...una grave indiferencia, una violación consciente y deliberada a los estándares de seguridad, graves omisiones al deber de información, en fin, cualquier actitud que importe intercambiar la seguridad del producto por el aumento de las ganancias...” (Álvarez, 2009, pp.4), así como de ciertas circunstancias concomitantes a ponderar tales como la solvencia del proveedor, la cuantía de los beneficios obtenidos por la conducta gravosa y el fracaso de la función disuasoria ante la reincidencia del dañador (Álvarez, 2009). Estos extremos mencionados resultan esclarecedores en cuanto a establecer que el punto de mira de tales valoraciones estará puesto sobre la “...actitud malsana, rayana al dolo...” (López Herrera, JA 2008-II-1198) del agente, y no de un incumplimiento absorto de toda valuación subjetiva.

La siguiente característica que asume relevancia, dentro del precitado sintagma legal, es la correspondiente a la puesta en acción de la petición procesal por daños punitivos que, como se mencionara, siempre estará condicionada por su accesoriadad e imposibilidad de existencia como vía autónoma. En ese sentido, la sanción pretendida sólo nace “...a instancia del damnificado...”, vedando cualquier posibilidad de aplicación oficiosa por parte del juez, dado que la acreditación de incumplimiento grave

¹⁸¹ Art. 52 bis, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

meritorio de punición corresponde a quien la solicita (Álvarez, 2009). El damnificado peticionante será, además, el destinatario de la multa civil en caso de que ésta sea exigida por la magistratura al sujeto responsable, conformando de tal manera una suerte de incentivo para el consumidor ya que, al ser el destinatario de la retribución, será factible su interés en convertirse en un fiscal de la correcta aplicación de la ley (Álvarez Larrondo, 2008), algo que se encolumna con el sentido que la política legislativa ha pretendido en tales casos.

Los últimos caracteres a explorar de la regla en cuestión se corresponden con el arbitrio dispensado al juez para la imposición, o no, de la sanción pecuniaria disuasiva, así como lo atinente a la responsabilidad solidaria que el artículo prescribe para este tipo de supuestos.

En cuanto al primer elemento reglado, la norma plantea de manera taxativa que el juez *podrá* imponer la multa civil al proveedor, dejando a su prudente arbitrio tal decisión, sin criterio objetivo de evaluación a la vista. Este punto resulta, conforme a la visión crítica que sostienen Centanaro, Dresdner, Debrabandere y Martín Riva (2013) deficiente, ya que omite el establecer pautas “...*que delimiten la discrecionalidad del juzgador y, a su vez, permitan un contralor más exhaustivo de tal atribución jurisdiccional...*” (Centanaro, et. al., 2013, pp.55).

Respecto a la solidaridad descrita por el art. 52 bis *In Fine*, vale agregar que no será la misma que la establecida por la propia ley consumeril en función de la cadena de comercialización¹⁸²

...que nace en función de una conexidad contractual, y busca garantizar a la víctima la reparación de los perjuicios sufridos. Como para la aplicación de los daños punitivos es necesaria la comisión de un hecho grave (cuasi doloso), no puede aplicarse aquella solidaridad objetiva, ya que no basta el incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales. Esta solidaridad requiere la

¹⁸² “ARTÍCULO 40.- Responsabilidad. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

prueba del elemento intencional agravado, que incluso puede involucrar a personas ajenas a la cadena de comercialización... (Álvarez, 2009, pp.4).

Estos serán, entonces, los principales caracteres de la figura bajo estudio, según su regulación positiva en el ámbito de defensa de consumidores y usuarios, algo que sirve de prolegómeno útil para la indagación acerca de sus perspectivas sistémicas en un marco de aplicación general en materia de derechos de incidencia colectiva y, dentro de ellos, la categoría de prerrogativas individuales homogéneas. A continuación se intentará atravesar un sendero analítico en tal sentido.

Para una correcta construcción del enfoque pretendido, además de resaltar, de esta manera, el intento de codificación general en materia de sanciones pecuniarias disuasivas, se tomará como eje de referencia en la presente indagación a la fórmula técnico jurídica que insinuó la introducción de la función punitiva en el ámbito del derecho privado en general, a través del anteproyecto de reformas y unificación del Código civil y Comercial de la Nación elaborado por la comisión redactora especialmente designada a tal efecto¹⁸³, no porque se comparta plenamente la prospectiva que este anteproyecto impulsaba respecto a la figura bajo análisis, sino porque se valora tanto la utilidad de su aporte, como algunos rasgos de factura técnica que hicieran a la confección de una fórmula pulida en materia de las áreas de aplicación que aquí interesan específicamente. Vale agregar, a mero título informativo, que tales esfuerzos codificadores del instituto de marras quedarían en la anécdota doctrinaria, ya que la poda que hiciera el Poder Ejecutivo al Anteproyecto, como la denomina la Dra. Adela Prat (2012), signaría, también, la suerte de la multa civil en el sistema troncal codificado.

El precitado anteproyecto preveía a la figura de la sanción pecuniaria disuasiva en el artículo que, a continuación, se transcribe:

...ARTÍCULO 1714.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos

¹⁸³ Decreto N° 191/2011, “Créase la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, (23/02/2011); Anteproyecto de reformas y unificación elaborado por la comisión redactora del Código civil y Comercial de la Nación, (28/02/2012).

*derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada...*¹⁸⁴

Complementando tal fórmula con una previsión especial respecto a la punición excesiva, como se observa en el siguiente artículo:

*...ARTÍCULO 1715.- Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida...*¹⁸⁵

Además de prever la modificación del art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor ya examinado, en procura de homologarlo a la nueva regla en la materia.

El primer factor a resaltar respecto a lo precitado es que la sistematización optada por la comisión gira en torno a la protección específica a los derechos de incidencia colectiva, y no a la aplicación general de la sanción, algo que la propia comisión aclara en sus fundamentos, al decir que “...se ha preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada “tragedia de los bienes comunes”, es decir, no hay incentivos individuales para su tutela...” (Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci y Highton de Nolasco, 2012, pp.679). De ello se desprende, con claridad, que la regulación no sería aplicable en la órbita ni de afectación a derechos individuales, ni en el caso de detrimentos a derechos individuales homogéneos, ya que los redactores del anteproyecto estimaron inconveniente el avance regulatorio sobre áreas como las detalladas, en virtud de no existir experiencias válidas o suficientes al respecto.

Esta previsión reglada por la comisión importó una mejoría en la factura técnica del instituto punitivo; en primer lugar, porque reemplazaba el *nomen iuris* de daños punitivos por el más adecuado a la finalidad de la figura de *sanción pecuniaria disuasiva*; y en segundo término, porque en su letra quedaba esclarecido cual era el

¹⁸⁴ Anteproyecto de reformas y unificación del código Civil y Comercial de la Nación, (28/02/2012).

¹⁸⁵ Anteproyecto...ob. Cit.

supuesto reprochable subjetivamente en la conducta del dañador para la procedencia del castigo, es decir, que tal inconducta se produjera con *grave menosprecio* hacia los derechos de incidencia colectiva (Lorenzetti, et. al., 2012). Este último aspecto, no obstante importar un salto cualitativo respecto a los extremos regulados por el art. 52 bis de la ley consumeril, fue observado por la doctrina en virtud de que la calificación elegida por la norma proyectada, no se correspondía con las categorías tradicionales de calificación de la conducta en el ordenamiento jurídico nacional, es decir, con las figuras del dolo y la culpa¹⁸⁶. No obstante ello, es dable interpretar que la novedosa calificación peca de restrictiva, y no de la misma vaguedad tan notoria en la figura consumeril, ya que deja fuera de consideración a la culpa por resignificar a ese *grave menosprecio* como una especie de dolo (Tale, 2013).

En cuanto a la legitimación para peticionar la multa civil queda claro que, al tratarse de un instituto cuyo fin punitivo recae sobre conductas que afecten a bienes colectivos, su espectro de admisibilidad abarcará a “...defensores, asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, antidiscriminatorias, los afectados, es decir, la sociedad civil en su conjunto...” (Lorenzetti, et. al., 2012) que no serán otros que los legitimados por la propia Constitución Nacional en su art. 43 2^{do} párr.

Otro rasgo relevante tiene que ver con el destino de la multa ya que, a diferencia del dispositivo vigente en materia de usuarios y consumidores, el anteproyecto fijaba una atribución del juez para fijar tal destino (que podía ir desde darle el dinero al damnificado hasta la formación de un patrimonio de afectación), mediante resolución fundada. Ello se justifica, según las propias palabras de los miembros redactores en sus fundamentos, porque en el supuesto taxativamente regulado no existe un damnificado particular, sino la comunidad en su conjunto, por lo que el monto de la sanción no podría ser destinado a persona alguna en particular sin importar un enriquecimiento sin causa, y en el supuesto de que, de manera análoga, se pretendiera aplicar la figura a otro

¹⁸⁶ En efecto, el Dr. Camilo Tale (2013) en su trabajo de observaciones al anteproyecto apreciaría respecto de este tema que “...Las categorías con que se califica la conducta, a los fines de atribuir responsabilidad civil, en nuestras leyes, en la jurisprudencia argentina y en la doctrina han sido y son siempre dos: el dolo y la culpa (y en algunos casos, en ciertas relaciones contractuales, la ley hace distinción entre culpa grave y culpa leve). La norma proyectada utiliza la expresión “grave menosprecio” hacia los derechos ajenos, expresión que no existe en ninguna parte de la legislación argentina ni en la jurisprudencia del país ni en la doctrina de nuestros juristas para la calificación de la conducta en la responsabilidad civil...”.

tipo de afectaciones que no comprometan bienes indivisibles, es el magistrado quien, según su leal saber y entender, debiera ponderar las condiciones más equitativas en cuanto a ello (Lorenzetti, et. al., 2012).

El corolario de la regla punitiva del anteproyecto antes revisado fue, claro está, su fenecimiento en manos de las modificaciones que realizara el Poder Ejecutivo mediante el proyecto final que bajara al Honorable Congreso Nacional en junio de 2012. De esta función punitiva solo sobreviviría, y de hecho forma parte del actual Código vigente aunque con significativas modificaciones en su confección, la regla fijada por el art. 1715 del anteproyecto (actual art.1714¹⁸⁷) referido a la posibilidad de que el juez pueda morigerar prudencialmente los montos de sanciones pecuniarias cuando éstas devengan en irrazonables o excesivas, más la adición efectuada respecto a la facultad del juez de eliminar, total o parcialmente, dichas multas¹⁸⁸.

Ahora bien, todo este tránsito y análisis reseñado es la base a tener en cuenta para el desarrollo de una perspectiva de aplicabilidad del instituto bajo indagación dentro del ordenamiento jurídico interno con carácter general, algo que desde aquí se propicia. Corresponde ahora la tarea de arriesgar un posible diseño de la función punitiva en materia de derechos individuales homogéneos, como un primer paso, para el avance en sentido de adecuar tal perspectiva a la hipótesis de trabajo que se viene estudiando, es decir, la de proyectar tal funcionalidad en el marco de afectaciones a derechos bidimensionales.

Es más que habitual el percibir, ante daños que impactan pluriindividualmente o transindividualmente, ciertos patrones de conducta desdeñosos para con el resultado lesivo y de una gravedad en sus circunstancias que va más allá de lo tolerable socialmente y, si bien es cierto que a los fines resarcitorios sólo bastará acreditar la conexión causal para obligar al agente dañador a reparar plenamente el menoscabo,

¹⁸⁷ “ARTÍCULO 1714.- *Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.*”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁸⁸ “ARTÍCULO 1715.- *Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.*”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

Vgr.: la introducción de un riesgo en la sociedad y su correspondiente resultado dañoso, ya que el factor de imputación por las consecuencias en casos de lesiones a derechos supraindividuales resulta ser objetivo, el Derecho no puede, ni debe, ser indiferente ante cursos conductuales disvaliosos que representan no sólo una iniquidad dada la gravedad de las consecuencias que han de acarrear, sino también un modo de hacer las cosas que debe ser repudiado y marcado negativamente a fin de evitar su replicación futura. En tal sentido, las sanciones pecuniarias disuasivas aparecen como una herramienta que, en el marco de su aplicación, procura castigar a ciertas conductas gravosas por un lado, y disuadir al propio agente, y a la sociedad en general, de evitar la reiteración de comportamientos de este tipo. La multa civil no es un plus resarcitorio, ni un concepto que pueda asimilarse al campo de la reparación, sino que su naturaleza está emparentada con la equidad y con el reproche lógico ante conductas especialmente graves, maliciosas, temerarias o producto de un estado mental equivocado, que es preciso volver a ordenar al camino de la ejemplaridad (Vítolo, 2013).

En virtud de lo antedicho es que se impone la idea de una figura punitiva general, cuyo juicio de reprochabilidad subjetivo alcance al castigo eficaz de graves inconductas, desactive la posibilidad de enriquecimiento injusto a obtener mediante la misma, desmantele los efectos nocivos del comportamiento desdeñoso y prevenga la posibilidad de iteración de conductas semejantes (Pizarro, Vallespinos, 1999). Aunque el consenso generalizado en doctrina gira en torno a la instancia de parte como mecanismo de legitimación para la procedencia de la pretensión punitiva, sobre todo porque tal esfuerzo probatorio garantizaría el debido proceso, la defensa en juicio, y la presunción favorable al sindicado como autor de la conducta disvaliosa, resulta más que interesante la posición que promueve el Dr. Álvarez Larrondo (2008) en cuanto considera que la procedencia a instancias de parte resulta ser un mecanismo

...desacertado, por cuanto la facultad sancionatoria no puede quedar sujeta al conocimiento que de la figura bajo estudio tenga el afectado, cuando en verdad es una herramienta preventiva que el Estado ha instaurado. El juez debería contar con la potestad de aplicar la sanción siempre que lo considere necesario... (Álvarez Larrondo, JA 2008-II-1246)

Por lo cual se propugna, desde aquí, la idea de que la sanción pecuniaria disuasiva pueda ser aplicada de oficio por el juez, ya que lo que allí se persigue es el castigo de

una conducta grave y no un modo de ser de una afectación determinada, por lo cual la carga de poner en cabeza del damnificado, o el legitimado extraordinario, la doble acreditación exigida; *Vgr.*: probar el nexo causal común a los fines resarcitorios y, además, certificar el comportamiento gravoso a los fines punitivos, deviene innecesario toda vez que ello se desprende de la propia gravedad de los hechos y demás circunstancias concomitantes, algo que así como se pondera útil a la hora de cuantificar la multa civil, también es base hábil para sustentar la calificación subjetiva del curso conductual disvalioso ventilado en el proceso, calificación que, como bien señalan Centanaro, Dresdner, Debrabandere y Martín Riva (2013), no debería quedar librada al arbitrio del juzgador en cuanto a definir qué criterios justifican, o no, la aplicación de la sanción, sino que, mediante la confección de una fórmula legal que fije tal punición, se debería poder detallar, de manera exhaustiva, los extremos de calificación apreciable a fin de formar un criterio más riguroso en el magistrado; *Vgr.*: el piso mínimo de culpa en la conducta del agente a la hora de ponderar la aplicabilidad de la sanción resulta un parámetro técnico del cual el juzgador no podrá desembarazarse con facilidad, so pretexto de estar respondiendo a su prudente arbitrio, ya que allí debe primar, como bien apunta Álvarez (2009), una decisión sustentada en debidos fundamentos, y no un ejercicio discrecional.

En torno al tema que se acaba de desarrollar, resulta importante hacer una pequeña digresión y profundizar, aunque más no sea de manera breve, en un tipo específico de conducta grave que debería calificarse a tenor del rol particular que asume frente a la sociedad el agente dañador; de lo que aquí se habla es de la posibilidad de aplicar sanciones del tipo aquí planteadas a los funcionarios públicos. El análisis no abundará en disquisiciones técnicas acerca de la definición de empleado o funcionario público, ya que ello corresponde a la esfera del Derecho administrativo y es, por lo tanto, un tema que excede al presente trabajo, sino que se ceñirá al concepto tradicional que la doctrina y la jurisprudencia han asignado a la figura que fuera regulada por el art. 1112¹⁸⁹ del Código Civil ya derogado. En dicha regulación, y sólo a los efectos de consagrar la responsabilidad civil de aquel funcionario que llevara a cabo, de manera irregular,

¹⁸⁹ “Art. 1.112. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título.”, Código Civil de la República Argentina, Ley N° 340, (25/09/1869).

hechos u omisiones dentro de la órbita de su ejercicio funcional, se asignaba una carga de valoración especial de la conducta del mismo, cuyo principal objetivo era la efectiva protección de los administrados “...quienes en virtud de que los agentes estatales tienen el uso del poder público, o realizan una función o prestan un servicio indispensable a tales particulares, se encuentran siempre en una posición de inferioridad fáctica frente a aquéllos...” (Gordillo, 2014, T.2, pp.684). En otras palabras, ante el daño producido por parte del Estado, cuya responsabilidad es objetiva, existía la posibilidad de mancomunar a ésta con la responsabilidad mencionada del funcionario que habría de provocar el efecto lesivo con su acto u omisión irregular, en virtud de su posición frente a los administrados.

Ahora bien, todo el sistema que se acaba de describir en materia de responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios ha sido eliminado, taxativamente, del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, el artículo 1764¹⁹⁰ excluye, directamente, de la órbita de Responsabilidad regulada por el Código de fondo al Estado, mientras que el art. 1765 del citado Códex reza “...La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda...”¹⁹¹ agregando, en cuanto al tema específico, en su artículo siguiente, que

*...Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda...*¹⁹²

Esa ley a la que refieren los artículos precitados es la nueva ley de responsabilidad Estatal¹⁹³ que, en su Art. 9º regula de manera específica la responsabilidad de sus

¹⁹⁰ “ARTÍCULO 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.”, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁹¹ Art. 1765, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁹² Art.1766, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

¹⁹³ Ley N° 26.944, de “Responsabilidad Estatal”, (07/08/2014).

agentes¹⁹⁴. Este cambio de paradigma legisferante que se acaba de recorrer, no sólo en materia de Responsabilidad Civil en general sino ya, agudizando el enfoque hacia la función punitiva, Vgr.: el dispositivo legal establece en su art. 1° *In Fine* “...La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios...”, importa un retroceso que, como bien señala Gordillo (2014), deviene en una sistematización reñida con la Constitución Nacional y tratados internacionales¹⁹⁵.

En pos de propiciar una mirada diferente a la legislada, desde aquí se sostiene, y sin ingresar más allá en el debate acerca de la responsabilidad civil del Estado y sus agentes, ya que ello no resulta pertinente al presente análisis, que ante la grave inconducta de un funcionario público debiera ser procedente la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas en los términos que el instituto encierra, es decir, a modo tanto de castigo como de disuasión particular y general, sobre todo porque en esta clase de supuestos se manifiestan dos cuestiones que ameritan prestarle su debida atención, a saber: por un lado, resulta obvio que la conducta del agente administrador frente a los administrados debe ser valorada de manera minuciosa dada la exigencia ínsita que encierra la delegación del uso del poder público; de otra manera, los propios criterios de valuación de la conducta propuestos por el Código Civil y comercial actual podrían caer en riesgo de ser relativizados ya que, si al funcionario dañador no se le pudiera observar, como parámetro, que “...*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias...*”¹⁹⁶ tal dispositivo caería en un

¹⁹⁴“ARTICULO 9° — *La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.*”, Ley N° 26.944, de “Responsabilidad Estatal”, (07/08/2014).

¹⁹⁵ En su obra, Gordillo (2014) expone argumentos constitucionales basados en el art.36 de la Carta Magna, además de las pertinentes regulaciones internacionales con rango constitucional conforme el art. 75 inc.22 que dan fundamento a la improcedencia e inadmisibilidad de un sistema restrictivo de la Responsabilidad tanto Estatal, como de sus funcionarios. En cuanto a la restricción sancionatoria a los funcionarios, el autor sostiene, en opinión que se comparte, que subyace allí una disposición contraria a la garantía de acceso a la justicia efectiva, ya que la normativa invita al incumplimiento, por parte del funcionario, de las sentencias judiciales (al respecto, ver: Gordillo, 2014, T.2, pp.677 y ss.).

¹⁹⁶ Art.1725, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

sesgo incompatible con aquello que pretende resguardar, *Vgr.*: nadie podría aseverar que el deber prudencial en su ejercicio por parte de un funcionario público debería mensurarse con mayor rigurosidad que el de un ciudadano común. De ello se desprende que la inconducta de los agentes públicos debería ser observada, y castigada, de manera taxativa. Por otro lado, cuando esa grave inconducta está dirigida hacia bienes que, por su relevancia supraindividual poseen una exigencia de mayor protección normativa, va de suyo que el carácter disuasivo, además del retributivo ya comentado, se impone a fin de redireccionar las conductas del propio agente público dañador, así como también, de todos los funcionarios en general en cuanto a la conexión directa que éstos tienen, en la órbita de su poder, para con los bienes públicos y los derechos de incidencia colectiva en general.

En virtud de los mencionados argumentos es que, desde aquí, se propone una perspectiva diferente a la actual en cuanto a la posibilidad de punir civilmente al funcionario público dañador.

Retomando el hilo conceptual de la temática de fondo, y yendo al destino de la multa civil, es importante tener en cuenta que, tanto en los casos de cursos conductuales disvaliosos que impactan lesivamente sobre bienes colectivos indivisibles, como en los supuestos en que el resultado dañoso se expande pluriindividualmente de manera homogénea, cualquier distribución de los montos pecuniarios al, o los, legitimados extraordinarios en el marco de una acción colectiva devendría injustificado, máxime teniendo en cuenta que la función punitiva no posee, bajo ningún aspecto, fines resarcitorios. En cambio, y en virtud de que la propia naturaleza del instituto lo contempla en su extremo disuasivo, lo más lógico sería propender a un sistema de colección de multas de este tipo a fin de promover la “...*creación de fundaciones, campañas de educación, patrimonios de afectación para la promoción de un bien afectado, etc...*” (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Kemelmajer de Carlucci, 2012, pp.680) siempre teniendo en cuenta el valor de ejemplaridad general que se pretende consagrar con esta figura. Por ello es que, inclusive, queda superada la discusión en torno a la posibilidad de aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas en el marco de acciones de clase, ya que la no distribución de los montos obtenidos por la multa, deja a

salvo las complicaciones prácticas que cierto sector de la doctrina advertía como obstáculo para su procedibilidad (Álvarez, 2009).

Las mismas previsiones son aplicables desde el enfoque propuesto por la presente hipótesis de trabajo, ya que, en la afectación a derechos bidimensionales, el factor de atribución que definirá la responsabilidad del agente en materia resarcitoria será siempre objetiva, pero la concomitancia de ese riesgo creado o cualquier otro parámetro objetivo con graves negligencias, menosprecio hacia los bienes en juego o inconductas inicuas, deberá ameritar la actividad jurisdiccional, en el caso concreto, en pos de procurar una sanción retributiva a tal desvío, para su justo castigo pero, además, para dismantelar la reiteración de ciertos cursos conductuales disvaliosos que suelen naturalizarse en diferentes ámbitos y que terminan transformándose en usinas productoras de daños graves; *Vgr.:* piénsese, por ejemplo, en el empresario que decide, en el transcurso del desarrollo de un producto de consumo masivo, suprimir una serie de costos asociados al proceso de elaboración, y necesarios a fin de garantizar las condiciones de calidad y sustentabilidad del producto, con el ánimo de obtener pingües beneficios patrimoniales de ello (Pizarro, Vallespinos, 1999). Si a ello se le agregara la decisión de convertir esa práctica en una actitud generalizada y constante ya que, asesorado por sus colaboradores en el área pertinente, se estimara que aun teniendo que resarcir económicamente, o recomponer, a cada damnificado por los vicios que ese producto en condiciones deficientes ostente, los beneficios económicos de la conducta disvaliosa siguieran siendo lo suficientemente elevados como para constituir un incentivo para lo injusto. En tales supuestos, se hace más que evidente que se impone la noción de castigo a quien personifica semejante inconducta, pero además, se pone de manifiesto la necesidad de dismantelar toda motivación que, a futuro, pueda hacer factible en cabeza del mismo agente dañador, o en otros sujetos de condición análoga, la inclinación economicista a tomar caminos injustos de este tipo.

La sanción pecuniaria disuasiva debiera transformarse, en conclusión, en un mecanismo eficiente para mejorar la calidad del comportamiento social en cuanto al respeto y utilización sustentable de los bienes jurídicos en general, tanto de aquellos que son compartidos por toda la comunidad, como de aquellos bienes que poseen una faceta individual, y una órbita de proyección colectiva. Si se quisiera formular una regla

aproximativa a la noción propuesta en este apartado, tomando como guía tanto al proyecto de Código unificado Civil y comercial de 1998¹⁹⁷, como las observaciones que el Dr. Camilo Tale (2013) hiciera del anteproyecto de reforma y modificaciones del Código Civil y comercial¹⁹⁸, y sosteniendo la plena vigencia y utilidad de la limitación que impone el actual Código de fondo en la materia, como garantía de que tal punición no devenga en irrazonable y excesiva, se podría enunciar lo siguiente:

⇒ ***Sanción pecuniaria disuasiva.*** Cuando de los hechos o circunstancias del caso se desprenda que el sujeto responsable de un daño actuó con dolo o culpa grave en perjuicio de derechos de incidencia colectiva en general, el juez aplicará de oficio una sanción pecuniaria con fines retributivos y disuasivos. Las sanciones aplicables que prevé el presente artículo serán procedentes, asimismo, si se tratare de hechos u omisiones en perjuicio de tales prerrogativas por parte de funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le han sido impuestas. El monto se fijará, de manera razonable, y tomando en consideración la gravedad de los hechos y los beneficios que el sujeto pudo haber obtenido con su conducta, y tendrá el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada, tomando en cuenta la naturaleza de los bienes en juego y los fines disuasivos perseguidos. No es asegurable el riesgo de ser condenado a pagar estas sanciones.

⇒ ***Artículo 52 bis. Sanción pecuniaria disuasiva.*** El juez aplicará, de manera oficiosa, una sanción pecuniaria retributiva con fines disuasivos a quien actúe con dolo o culpa grave en perjuicio de consumidores y usuarios, conforme los hechos o circunstancias del caso. Su monto se fijará prudencialmente, tomando en consideración la gravedad de la conducta del sujeto, la naturaleza de los bienes en

¹⁹⁷ Art. 1587, Proyecto de 1998, preparado por la Comisión honoraria creada por Decreto N° 685/95, (18/12/1998).

¹⁹⁸ Decreto N° 191/2011, “Créase la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, (23/02/2011); Anteproyecto de reformas y unificación elaborado por la comisión redactora del Código civil y Comercial de la Nación, (28/02/2012).

juego, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El destino del monto recaudado por la multa podrá ser destinado, mediante resolución fundada, a programas de información y educación en materia de consumo, a asociaciones de defensa de consumidores y usuarios, o a otros destinos colectivos que puedan surgir de la naturaleza disuasiva de la sanción.

En definitiva, estas fórmulas son sólo sugerencias y perspectivas de aplicación, y bajo ningún aspecto pretenden imponer un criterio que anule los interesantes y elevados debates que, en la materia, se han venido sosteniendo. Sólo se pretende, desde esta postura, adunar al mismo con una visión propositiva de la figura bajo estudio.

g. Los llamados “daños masivos” y “micro daños” como supuestos de lesión a derechos individuales homogéneos. Criterios de definición y características relevantes.

En el *Leading Case “Halabi”*¹⁹⁹ la Corte, al trazar la condición necesaria que da nacimiento a una comunidad de derechos conculcados, hace referencia a la existencia de “...un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea...”²⁰⁰ dejando en claro cuál es la fisonomía que debe poseer esa acción u omisión para poder ser considerada causa adecuada de afectaciones de este tipo, no porque defina sus caracteres intrínsecos, sino porque define dos aptitudes que el hecho tendrá que portar para ser capaz de producir efectos en tal

¹⁹⁹ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009).

²⁰⁰ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 12.

sentido; esas dos aptitudes son: su capacidad expansiva y su suficiencia para provocar un mínimo de efecto homogéneo sobre la comunidad afectada.

En este sentido, la primer definición que podrá aportarse en torno a los conceptos que dan título al presente acápite será que, mientras la noción de *daño masivo* refiere a la capacidad expansiva del daño, la idea de *micro daño* remite, claramente, a un denominador mínimo común de afectación que, muchas veces, no representa una entidad lesiva suficiente como para motivar al reclamo individual pero que, cuando aparece en un número determinado o determinable en el seno de una comunidad, se alza como un piso mínimo de daño que da fundamento al reclamo colectivo, dada su relevancia cuantitativa. Por lo antedicho queda claro que un término no resulta excluyente del otro sino que, como se observa habitualmente en los conflictos emergentes en las relaciones de consumo, ambos pueden presentarse como contenido del hecho causal del daño; uno define su alcance, y el otro define su entidad.

Para conceptualizar al denominado daño masivo será necesario, primero que nada, hacer una disquisición que no proviene de la doctrina ni la jurisprudencia nacional, sino que enraíza sus orígenes en el derecho norteamericano, ya que éste resulta ser el orbe jurídico en el que la temática ha sostenido una evolución más constante. La mentada distinción a hacer es separar, conceptualmente, lo que es el daño masivo propiamente dicho, de los llamados accidentes masivos. Conforme a las elaboraciones doctrinales del país del Norte, habrá un daño masivo toda vez que a raíz de un único hecho acaecido (accidente, desastre), se produce la afectación masiva, y en simultáneo, de varias personas (Sprovieri, 2009; Lorenzetti, 2010); casos típicos asociados a esta noción son, como señala Sprovieri (2009), los desastres aéreos, explosiones, incendios y derrames de hidrocarburos, entre otros. En cuanto a los daños masivos, lo que aquí se corrobora es un hecho continuo, o una serie de ellos, que se prolonga a través del tiempo dispersándose, inclusive, geográficamente, y provocando efectos expansivos de gran magnitud, lo cual torna a este tipo de daños emergentes en una cuestión de altísima complejidad a la hora de corroborar sus extremos y subsanar sus consecuencias (Sprovieri, 2009; Lorenzetti, 2010); ejemplos de daños de esta categoría son las afectaciones producidas a los veteranos de la guerra de Vietnam y su descendencia por la exposición al desfoliante conocido como “agente naranja”, o el tristemente célebre

caso “Dalkon”, en donde un dispositivo intrauterino de prevención de embarazo se transformó en una verdadera pesadilla para millones de personas que habrían de adquirirlo en diferentes países del mundo, dado los terribles daños que dicho producto terminó produciendo en ellas, *Vgr.*: esterilidad, abortos espontáneos, embarazos no deseados, etc. (Sprovieri, 2009; Lorenzetti, 2010).

Ambas sub-clasificaciones de daños con carácter expansivo han sido reconocidas por el cimero tribunal nacional en el precitado decisorio, a pesar de que la redacción del *obiter dictum* podría prestarse a interpretaciones restrictivas acerca de los daños masivos, *Vgr.*: la Corte en el considerando pertinente hace mención a la existencia de *un hecho*, pareciendo excluir de toda conceptualización a la pluralidad fáctica típica del daño masivo (Sprovieri, 2009). No obstante ello, desde aquí se comparte la interpretación de la doctrina favorecedora de la admisión de ambas categorías de dañosidad, ya que cuando se hace expresa mención a la posibilidad de que un hecho pueda ser único (la tragedia o accidente), o continuado (el daño masivo propiamente dicho según la doctrina norteamericana), se están admitiendo, en verdad, las dos capacidades expansivas predichas.

En la Argentina se han registrado supuestos de las dos especies antes definidas, basta citar, como ejemplo de tragedia masiva, al doloroso caso de *República Cromañón*²⁰¹, a pesar de que éste no haya tramitado como acción colectiva en el fuero civil, y al caso “*Consumidores financieros c/ La Meridional*”²⁰² como supuesto de daño masivo ya que, como ha expresado la Corte en autos,

...en el sub lite existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: la detracción del saldo de cuotas pendientes al momento del pago de las

²⁰¹ El jueves 30 de Diciembre de 2004, en la sala de espectáculos “República Cromañón” se produciría, a raíz de la utilización no permitida de elementos pirotécnicos, un incendio de catastrófica magnitud que costaría las vidas de 193 personas y más de 1534 heridos. El caso tuvo amplísima repercusión en virtud del carácter luctuoso del suceso, además de dejar al desnudo las falencias estructurales, y de seguridad, tanto del propio local como del sistema gubernamental de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que debía disponer de mecanismos idóneos para controlar y aumentar el margen de evitabilidad de esta clase de episodios. Posteriormente, sería el fuero penal el que se encargaría de ventilar los detalles del caso y asignar las responsabilidades pertinentes. Diario La Nación, (03/01/2005), “La tragedia evitable”, [Versión electrónica] de URL: <http://www.lanacion.com.ar/668071-la-tragedia-evitable>

²⁰² C.S.J.N., “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”, Id Infojus: FA14000104, (24/06/2014).

*indemnizaciones por siniestros, sin discriminar entre capital e intereses. Asimismo, se alega que tal conducta habría sido implementada, en forma sistemática, respecto de un conjunto de asegurados (personas físicas sin facturación mensual), lo que permite tener por configurada la existencia de una causa fáctica común, es decir, un comportamiento del demandado que se repite en situaciones similares...*²⁰³

En lo tocante a la otra sub-especie de daño, caracterizado por el parámetro de su entidad, lo que allí se certifica es una serie de pequeñas afectaciones que, en cabeza de cada damnificado, no alcanzan suficiente motivación o impacto como para justificar un pleito, dada la relación negativa entre costo y beneficios, pero que al conjugarse como un hecho proyectado de manera homogénea sobre un conjunto de afectados, agiganta su relevancia lesiva en base a su propagabilidad. Uno de los ejemplos más significativos de esta tipología es el precedente “*Fernández*”²⁰⁴ en el cual, a través de una resolución emitida por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación allá por el año 1996, se permitió a las empresas concesionarias del servicio de trenes subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires

*...el redondeo de la tarifa en más de un centavo. Esa resolución, al disponer un incremento del 3,2% en la tarifa -que hubiera significado llevarla de 45 centavos a 46 centavos con cuatro milésimos por viaje- por mejora en la calidad del servicio, autorizó a que se la fijara en 50 centavos por viaje a título de "ajuste por redondeo"...*²⁰⁵

Cabe decir que, más allá de la resolución del caso en concreto, el voto en disidencia del Dr. Petracchi abunda en marcar un enfoque amplificador de cada uno de los *micro daños* que en esos pocos centavos de menoscabo se registraban ya que

...es menester destacar que la tutela expedita de los derechos del usuario de los servicios públicos que consagra el art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 sería letra muerta si, en el caso, se interpretase esa cláusula en el sentido de que ella se reduce a garantizar a cada usuario el derecho de demandar individualmente el cobro de unos pocos pesos o centavos, pese a tener idénticos intereses y una misma causa para accionar que los demás. Toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de ellos podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva, una interpretación tal equivaldría lisa y llanamente a negar la

²⁰³ C.S.J.N., *Id Infojus: FA14000104*, (24/06/2014), *Consid.5°*.

²⁰⁴ C.S.J.N., “*Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (P.E.N.) s/ amparo - ley 16.986*”, F. 496. XXXIII., (07/12/1999).

²⁰⁵ C.S.J.N., F. 496. XXXIII., (07/12/1999), *Juez Enrique Santiago Petracchi, por su voto, Consid.1°*.

*efectividad de la tutela constitucional frente al acto manifiestamente lesivo, que significa una recaudación excedente de varios millones de pesos por año...*²⁰⁶

De lo previsto se pueden colegir dos conclusiones, una de tipo sustancial o de fondo, y la otra de tipo instrumental, a saber: en el caso de la conclusión fondal, el impacto lesivo observado desde el micro detrimento individual puede provocar, inclusive, efectos axiológicamente insignificantes en la vida de los potenciales damnificados, pero al ser mirados desde una perspectiva supraindividual, es decir, dimensionalmente distinta, más abarcativa, éstos pueden estar denotando un impacto de entidad valorativa y material diferente. A esa mirada se podrá arribar desde dos perspectivas; la primera estará en advertir la regularidad homogénea de esas lesiones y ponderar esa afectación común por sobre los efectos individuales, la segunda, en cambio, devendrá de una necesaria noción bidimensional en el enfoque de derechos ya que, solo así, se podrá advertir de forma precisa cual es la verdadera entidad supraindividual del daño, *Vgr.:* en el caso precitado, la evaluación del daño de cada usuario del transporte subterráneo deviene cuasi insignificante en su percepción individual, pero si lo que se tuviera en cuenta es la colección de micro consecuencias que afectan a un mismo derecho en su dimensión colectiva, la evaluación sería muy disímil. En cuanto a la conclusión adjetiva, queda claro que existe una forma de hacer más eficiente al litigio, tanto en su costado económico como procesal, a través de la acumulación colectiva en estos casos ya que, como enseña Lorenzetti (2010), cuando existen grandes grupos con pequeñas afectaciones, la concentración pragmática de todos ellos en un solo decisorio alimenta una formidable reducción de costos, tanto en materia de tiempos, como en el tema de utilización de infraestructura judicial y erogaciones en cuestiones legales asociadas. En lo estrictamente procedimental, la mayor eficiencia estará en la evitación de que estos reclamos se repliquen en diferentes estrados y sean capaces de producir, potencialmente, sentencias contradictorias (Lorenzetti, 2010). De más está decir que esto último resulta ser un común denominador, ventajoso y razonable, para todos los ejemplos de lesiones que aquí se vienen explorando, ya que en los supuestos de accidentes y daños masivos, la dispersión del reclamo judicial ante un mismo hecho

²⁰⁶ C.S.J.N., F. 496. XXXIII., (07/12/1999), Juez Enrique Santiago Petracchi, por su voto, *Consid.14.*

productor, o un núcleo causal complejo, podría provocar verdaderos escándalos jurídicos que harían casi insostenible al propio sistema de administración de justicia.

Respecto a los accidentes y los daños masivos, la doctrina ha sido contundente en colegir que la unidad fáctica causal no bastaría, en lo sustantivo, como para considerar su expansividad lesiva como una realidad proyectiva supraindividual sólo por el hecho de afectar a una cantidad de personas determinadas o determinables. En este sentido, Maurino, Nino y Sigal (2005) advierten, criticando la posición de Quiroga Lavié (1998), que la idea de causa común por sí sola adolece de algo que circunscriba al concepto y lo diferencie de muchos actos generadores de perjuicios individualizables y divisibles que, aun siendo afectados por un único hecho, no poseen la característica de traducirse en lesiones a derechos de incidencia colectiva. Ahora bien, ha sido la Corte la que ha venido a zanjar esta cuestión con una noción superadora de estas disquisiciones doctrinales. En efecto, el cimero Tribunal *in re* “Halabi” ha dicho que la concepción proyectiva supraindividual, tanto en lo sustancial como en lo adjetivo, “...también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados...”²⁰⁷ por lo cual, va de suyo interpretar que, ante una unidad causal con virtudes expansivas, o una continuidad en el despliegue lesivo, habrá que estarse a la relevancia social o al desequilibrio entre el agente dañador y los afectados, dadas las características de la producción del daño, o la posición relacional, en cuanto a lo jurídico, de los damnificados respecto a ese agente dañador.

Si a ello se lo tradujera en términos de identificar positivamente cuándo se está ante afectaciones de esta índole que ameritan su ponderación como lesión a derechos de incidencia colectiva, se debería adunar al efecto expansivo que la causa ostenta o el factor homogéneo de afectación que sea posible certificar en el caso concreto, *Vgr.*: los efectos que, de manera idéntica, impactan sobre el conjunto del grupo afectado, o la dimensión colectiva conculcada de las prerrogativas en juego, dada su relevancia social o el natural desequilibrio de los miembros del grupo damnificado. En cuanto a lo adjetivo, tal como se decía previamente, ya sea por lograr una mayor eficiencia de costos y tiempos, o una mejor logística procedimental, el desarrollo de acciones en

²⁰⁷ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), *Consid.* 13.

clave colectiva propicia soluciones efectivas a problemas emergentes en este tipo de cuestiones como, por ejemplo, la alta complejidad que requiere la acreditación técnica de ciertos extremos indispensables para su correcta resolución, con todos los costos que esto puede traer aparejado.

Para todas las tipologías estudiadas es bueno recordar que, de manera esencial, subyace como garantía insoslayable el valor de acceso a la justicia, no porque este devenga sólo en el requisito para acumular cualquier tipo de pretensión pluriindividual²⁰⁸ por cuestiones meramente prácticas, sino porque siempre que se esté hablando de un evento pasible de provocar efectos dañosos poco significativos en su impacto proporcional, pero muy relevantes en cuanto a la entidad que ello adquiere en su conjugación como porción divisible de un grupo damnificado mucho más abarcativo, o de las consecuencias masivas provocadas por un hecho único o continuado, se impondrá la necesidad de garantizar la efectiva, y más adecuada, tutela jurisdiccional que posibilite un real acceso a todos, y cada uno, de los afectados, de lo contrario, tal parámetro axiológico sería más una barrera restrictiva antes de cumplir los firmes y elevados fines que la Carta Magna ha reconocido.

En definitiva, y bajo estos criterios de análisis expuestos, es que se pone de manifiesto la relevancia que adquieren estas tipologías de dañosidad en la dinámica de las emergencias conflictuales más usuales en materia de daño a derechos de incidencia colectiva en general, e individuales homogéneos en particular, tomando, además, como ordenador de las variables al concepto de prerrogativas bidimensionales que, desde aquí, se promueve. Es interesante marcar, para finalizar, que se expone, con carácter descriptivo, a un modo de ser del daño, sin intentar redundar sobre elementos del mismo que ya han sido explorados en otros apartados, con la única finalidad de orientar, de manera didáctica, sobre los aspectos salientes de las categorías revisadas que son, como se mencionara, el núcleo de impacto en la mayoría de los supuestos de daños supraindividuales.

²⁰⁸ Es la doctrina seguida por Rosales Cuello y Guiridlian Larosa (2009) respecto a la acumulación accidental de pretensiones procesales ante una causa fáctica común.

h. Bibliografía especial

- Heredia, J.R., (2007), “*La constitución como fuente de la pretensión de la reparación de daños. Algunos supuestos especiales*”. Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), “*Responsabilidad civil*”, Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A., (2001), “*Los dilemas de la Responsabilidad Civil*”. Revista chilena de Derecho, Vol. 28, N° 4, pp.671-679. Sección Estudios.
- Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., (2015). “*Código Civil y comercial de la Nación Comentado*”. Tomo I, “*Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400*”. Tomo II, “*Libro segundo. Artículos 401 a 723*”. Sistema Argentino de Información Jurídica INFOJUS (Ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rep. Argentina. Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Buteler Cáceres, J.A., (2000), “*Manual de Derecho Civil, Parte General*”, Pcia. de Córdoba, Rep. Argentina. Ed. Mediterránea.
- Andreu, F. (2014), Capítulo II – Derechos Civiles y Políticos, Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Steiner, C., Uribe, P., “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, (pp. 99-111), Estado Plurinacional de Bolivia: Ed. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
- Pizarro, R.D., “*Modernas fronteras de la responsabilidad civil: el derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional*”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Pcia de Córdoba, Rep. Argentina. Recuperado de Url: <http://www.acader.unc.edu.ar>
- Pizarro, R.D., Vallespinos, C.G., (1999), “*Instituciones de derecho privado: Obligaciones*”, Tomos 1 a 3, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Hammurabi.
- Sagarra, F.A., (2013), “*El derecho de daños en la última década de la CSJN*”. RCyS2013-X, Tapa, AR/DOC/3885/2013.
- Cafferatta, N.A., (2014), “*¿Qué es el daño ambiental?*”. RCyS2014-VI, Tapa, AR/DOC/1317/2014.

- Alterini, A.A., (1998), *“Informe Sobre la Responsabilidad Civil en el Proyecto de Código Civil de 1998”*. Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, vol.1999-C, pág. 860 y ss.
- Maurino, G., Nino, E., Sigal, M., (2005), *“Las acciones colectivas”*, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. LexisNexis.
- Lorenzetti, Ricardo L., (2010), *“Justicia colectiva”*, (1° Ed.), Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Caumont, A., (2013), *“Los aportes ius ambientalistas en la categorización del daño”*. LA LEY2013-D, 925, AR/DOC/2456/2013.
- Lorenzetti, P., (2013), *“Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”*. RCyS2013-VIII, 5, AR/DOC/2574/2013.
- Stiglitz, G.A., (2012), *“La defensa del consumidor en el Proyecto de Código”*. DCCyE 2012 (octubre), 01/10/2012, 61 - LA LEY 29/10/2012, 29/10/2012, 1 - LA LEY2012F, 793, AR/DOC/4905/2012.
- Arias Cáu, E.J., (2013), *“LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR: PASADO, PRESENTE Y FUTURO A LA LUZ DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL 2012”*, MICROJURIS, sección doctrina MJD6329.
- Garrido Cordobera, L.M.R., (2007), *“La Responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo”*. Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), *“Responsabilidad civil”*, Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Verbic, F., (2013), *“Los procesos colectivos en la República Argentina”*. Revista Voces en el Fénix, Año 4, Número 30, Noviembre 2013. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires (UBA), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rep. Argentina. Plan Fénix.
- Verbic, Francisco, (2014), *“Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina”*, ERREIUS online. Recuperado de URL: <https://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic>
- Lorenzetti, R.L., Kemelmajer de Carlucci, A., Highton de Nolasco, E., (2012), *“Anteproyecto de reformas y unificación elaborado por la comisión redactora del*

Código civil y Comercial de la Nación". Sistema Argentino de información jurídica (INFOJUS), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rep. Argentina.

- Centanaro, E., Dresdner, G., Debrabandere, C., Martín Riva, J., (2013), "*El daño punitivo en la ley de defensa del consumidor y su incorporación a la reforma del Código Civil y Comercial: Una visión crítica*". DJ31/07/2013, 1, AR/DOC/1985/2013.
- Prat, A., (2012), "*Daños a los Derechos de Incidencia Colectiva. La poda que hizo el Poder Ejecutivo al Anteproyecto de Reformas y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*", Dra. Adela Prat – Blog Legal, URL: <http://www.adelaprat.com/2012/12/danos-a-los-derechos-de-incidencia-colectiva-la-poda-que-hace-el-poder-ejecutivo-al-anteproyecto-de-reformas-y-unificacion-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.
- Saux, E., (2009), "*Daño moral colectivo*". RCyS2009-II, 25 - LLCABA2009 (febrero), 31, AR/DOC/269/2009.
- Morello, A., Stiglitz, G., (1984), "*Daño moral colectivo*". LL, 1984-C, 1197.
- Trigo Represas, F.A., (1997), "*Un caso de daño moral colectivo*". ED, 171-374.
- Pizarro, R.D., (1996), "*Daño moral*". Buenos Aires, Rep. Argentina, Editorial Hammurabi.
- Zavala de González, M., (1998/1999), "*Los daños morales colectivos*". Lecciones y Ensayos N° 72, 73 y 74, Dossier: Responsabilidad Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA).
- Parellada, C.A., (2007), "*El daño moral. La evolución del pensamiento en el derecho argentino*". Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), "*Responsabilidad civil*", Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Fernández Sessarego, C., (2007), "*El “daño a la libertad fenoménica” o “daño al proyecto de vida” en el escenario jurídico contemporáneo*". Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), "*Responsabilidad civil*", Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Cafferatta, N.A., (2013), "*Daño moral colectivo ambiental. Fallo del Superior Tribunal de Justicia RF Brasil*". LA LEY 12/12/2013, 12/12/2013, 4 - LA LEY2013-F, 486, AR/DOC/4405/2013.

- Espinoza Espinoza, J., (2007), “*El daño por pérdida de una “chance”*”. Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), “*Responsabilidad civil*”, Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Gordillo, A., (2014), *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 2*, (10^a ed.), “*La defensa del usuario y el administrado*”, recuperado de URL: <http://www.gordillo.com/tomo2.html>
- Pérez Peicij, G., (2015), “*Arts. 225 a 256. Arts. 398 a 400*”, “*Código Civil y comercial de la Nación Comentado*”, Tomo I, “*Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400*”, Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., (Ed.). Sistema Argentino de Información Jurídica INFOJUS (Ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rep. Argentina. Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Tale, C., (2012), “*LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS “RELACIONES DE CONSUMO” (con especial consideración del concepto legal de “consumidor” y del resarcimiento de daños por productos defectuosos)*”, Revista del Colegio de Abogados de Río Cuarto, recuperado de URL: <http://www.carc.org.ar/revista/>
- Güitrón Fuentevilla, J., (2007), “*¿Cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil?*”. Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), “*Responsabilidad civil*”, Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Alterini, A.A., (2007), “*Los accidentes de la circulación en la teoría general de la responsabilidad civil*”. Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), “*Responsabilidad civil*”, Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Tale, C., (2013), “*OBSERVACIONES Y PROPUESTAS DE MODIFICACIONES EN EL CAPÍTULO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (Libro II, Título V, capítulo 1) DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*”, recuperado de URL: http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/p/onencias/cordoba/pdf/013_CAMILO_TALE.pdf
- González Zavala, R., (2012), “*¿La responsabilidad del Estado estará fuera del nuevo Código Civil?*”. Semanario Jurídico de Córdoba, Córdoba, n° 1866, julio de 2.012, pp. 89.

- Gil Domínguez, A., “*Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva*”, publicado en La Ley, diario del 16/06/2011, p 1. Recuperado de URL: <http://underconstitucional.blogspot.com/2011/06/afectado-derechos-de-incidencia.html>.
- Soler, S., (1999), “*Derecho penal argentino*”, Tomo 1, (11^a Ed.). Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Tipográfica Editora Argentina TEA.
- Ylarri, J.S., (2014), “*La aplicación de los daños punitivos en las acciones de clase en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios*”. Derecho Comercial del consumidor y de la Empresa (DCCyE), Febrero 2014, Año V - N° 1.
- Garrone, J.A., (1993), “*Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*”, Tomo I a III. Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Abeledo-Perrot.
- Picasso, S., (2007), “*Sobre los denominados daños punitivos*”, LL 2007-F-1154.
- Picasso, S., (2008), “*Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor*”. Suplemento Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, Vázquez Ferreyra, R. (Ed.), Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. La Ley.
- Bas, J., Garzino, F. y Constanza, M. (2011), “*Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino*”. LA LEY 19/12/2011.
- Vítolo, D.R., (2013), “*Sanciones pecuniarias disuasivas*”, LA LEY 04/09/2013, 04/09/2013, 1 - LA LEY04/09/2013, 1 - LA LEY2013-E, 699, AR/DOC/3336/2013.
- Álvarez, A., (2009), “*Repensando la incorporación de los daños punitivos*”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Pcia de Córdoba, Rep. Argentina. Recuperado de Url: <http://www.acader.unc.edu.ar>
- López Herrera, E., (2008), “*Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa al Consumidor*”, JA 2008-II-1198.
- Álvarez Larrondo, F., (2008), “*Una marca que genera confusión, un nuevo marco legal y una sanción que no es tal*”, LL del 25/3/2008 – 5.
- Álvarez Larrondo, F., (2008), “*La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino*”, JA 2008-II-1246.

- Sprovieri, L.E., (2009) *“Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo “Halabi””*, JA-2009-II, recuperado de URL:
<http://www.fsdalegal.com.ar/index.php/las-acciones-de-clase-y-el-derecho-de-danos-a-partir-del-fallo-halabi/>
- Rosales Cuello, Ramiro - Guiridlian Larosa, Javier D., (2009), *“Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”*, La Ley 2009-B, 1016.
- Quiroga Lavié, H., (1998), *“El amparo colectivo”*. Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.

Capítulo IV

Daños a derechos individuales homogéneos. Análisis de casos y prospectivas.

a. Introducción

En el último Capítulo de esta primera parte, los esfuerzos estarán dirigidos hacia el estudio y caracterización de los casos que involucran daños a derechos individuales homogéneos, según el criterio que aquí se apuntala, o que han sido encuadrados en su tratamiento jurídico procesal bajo tales supuestos tanto por la doctrina en general, como por la jurisprudencia. El valor o utilidad que esta tarea persigue no es la de la simple confección de un repertorio de antecedentes prácticos, sino la de intentar que éstos sean el aporte empírico de una construcción más amplia, tal y como es la de la propuesta que en el presente trabajo se postula. Ello se pretende lograr, claro está, mediante la extracción de elementos que se desprenden de la observación del concepto en movimiento, es decir, de la propia dinámica de los hechos.

El eminente Genaro R. Carrió (1995) en su obra sobre *cómo estudiar un caso*, caracteriza al *caso* en cuanto a noción de *problema práctico* mediante un silogismo que permite percibir cuáles serán los principales elementos que han de tenerse en cuenta para cualquier exploración inicial del mismo, a saber: la persona o personas que protagonizan el caso, las circunstancias que los rodean, o sea, los hechos del caso, y el resultado del mismo; algo que puede observarse desde el punto de vista del estado de cosas que el protagonista del supuesto espera obtener, desde la óptica de la respuesta objetiva que la propia dinámica de los hechos ha aportado, es decir, desde las consecuencias reales, o desde la posibilidad de análisis que la propia problemática permite inferir a fin de absorber una solución determinada, o colegir una respuesta alternativa. Las ideas predichas formarán parte de la primera estructura metodológica a

seguir para abordar esa realidad asequible que se desenvuelve, y que aquí se intentará reflejar de manera ordenada bajo estos ítems.

Para lograr la misión de aislar el caso y, sobre todo, extraer de él sus datos o regularidades más relevantes, es necesario valerse de la observación empírica del fenómeno y su dinámica intrínseca, para luego poder contrastar tal información con el marco teórico ya estructurado, y todo ello a través de los instrumentos metodológicos idóneos a fin de lograr el objetivo de resaltar el valor y la atinencia del caso práctico en función del objeto de estudio y su comprobación. En tal sentido, la apreciación sensible de casos extraídos de las fuentes jurisprudenciales y doctrinales nacionales, principalmente, serán la génesis de la información relevante a cotejar con el marco teórico del daño a los derechos individuales homogéneos previamente estructurado, mientras que, todo ello, se pondrá en marcha en función de un método basado en la observación exploratoria, descriptiva y correlacional de tal escenario, a fin de efectivizar la extracción de los aspectos que resultan esenciales tanto para explicar el fenómeno bajo estudio, aislar la información relevante para la investigación, e individualizar los patrones conflictuales emergentes en procura de colegir alternativas solutorias.

Para finalizar se intentará asimilar las conclusiones de los casos observados con las definiciones conceptuales de la hipótesis de trabajo, a fin de probar que los parámetros de clasificación de ésta resultan, por lo menos desde la postura aquí sustentada, una mejor vía de comprensión y contención, desde lo jurídico, de los fenómenos en clave supraindividual que emergen como problemáticas sociales a diario.

No se trata de asociar conceptos extraños a dinámicas ya abarcadas, o incluso, resueltas bajo otros criterios. Se trata, no obstante, de adunar un punto de perspectiva diferente a fin de enriquecer la cuestión, se trata de enfrentar el caso como un desafío.

b. Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer Vs. Garbarino S.A.I.C.¹. Daños punitivos.

✚ **Cuestión relevante:** el interés que promueve el traer a colación el siguiente caso radica en que, el mismo, se encumbra como un muy buen ejemplo de procedencia y aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas en el marco de una acción colectiva consumeril por daños y perjuicios, con el aditamento de que allí también aparece una interpretación novedosa en cuanto a quién, o quienes, resultan legitimados para solicitarla ya que, para el caso, la solicitud estuvo en cabeza de una asociación de protección y defensa de consumidores, y no de un damnificado directo como establece, *stricto sensu*, la fórmula legal al respecto².

✚ **Descripción del Caso:** en los hechos, el día 8 de noviembre de 2013, la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial confirmó una sentencia de primera instancia que había condenado a la empresa Garbarino S.A.I.C. al reintegro de los importes detraídos en concepto de “Gastos administrativos – emisión” a los clientes que efectuaban operaciones de compra a crédito en dicha empresa; monto que se descontaba de manera ilegítima mensualmente e implicaba una erogación de \$3.99 a cada cliente damnificado. Tal acción había sido promovida por la asociación “Protección Mercado del Sur” (PROCONSUMER) en virtud de su carácter de legitimada extraordinaria, conforme la letra constitucional³, para promover la defensa de los intereses homogéneos de los consumidores afectados por la facturación predicha, en las condiciones antepuestas. La acción en clave colectiva

¹ Cam. Nac. Com., Sala D, C.A.B.A., “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer - c. Garbarino S.A.I.C. s/ordinario”, La Ley Online AR/JUR783623/2013, (08/11/2013).

² “ARTÍCULO 52 bis.- Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

³ Art. 43, 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

tuvo como causa pretensiva la detracción patrimonial precitada, dentro del marco de afectación a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En cuanto al objeto de la pretensión, que a la postre se tradujo en el remedio optado por el decisorio, tanto en primera como en segunda instancia, se persiguió la desactivación (cese del descuento mensual del rubro descripto) y la reparación plena (reintegro absoluto de los valores ilegítimamente devengados) de los efectos comunes del menoscabo que conformaban ese núcleo de identidad de clase en la pluralidad de consumidores en operaciones a crédito afectados, independientemente de las consecuencias diferenciadas que cada sujeto, individualmente, hubiera padecido. (Arias Cáu, Garzino, 2014)

✚ **Resolución:** lo novedoso del planteo es que la mentada asociación Actora solicitaría, en la demanda impetrada, la aplicación a la empresa demandada de una sanción pecuniaria disuasiva en los términos del art. 52 bis de la Ley protectoria de usuarios y consumidores. Ello circunscribe el tema en dos aspectos que merecen ser explorados con mayor profundidad, a saber: en primer término, el punto que diera motivo a uno de los agravios de la demandada en cuanto a cuestionar la legitimidad de la Actora para solicitar daños punitivos dado que la propia regla fundante restringía tal opción a que ésta fuera aplicada “...a instancia del damnificado...” y, por ende, no extensible su capacidad a la parte pretensora. El segundo punto de utilidad para este estudio se relaciona, de manera concreta, con los extremos argumentales sostenidos por los magistrados del colegio de marras para fundar la procedencia en la aplicación de la multa civil, sobre todo por la particular vaguedad que, según la doctrina (Picasso, 2007; Álvarez, 2009), la norma bajo análisis pareciera poseer respecto al factor de atribución necesario para su imposición.

En cuanto a la primera cuestión, será el propio tribunal el que realizaría una interpretación extensiva acerca de la legitimidad para solicitar sanciones de esta clase, planteando las siguientes consideraciones:

...el art. 52 bis no distingue entre las acciones que pueden ser deducidas por un legitimado activo colectivo o un consumidor individual: todos pueden ejercitar el mismo espectro de acciones”. Lo cual conlleva a afirmar que – como regla general- pueden reclamarse daños punitivos en el marco de acciones colectivas, a fin de que los consumidores afectados por una eventual práctica abusiva puedan tener alguna reparación –del modo en que establezca la

sentencia a dictarse- puesto que difícilmente hubieran reclamado por tal concepto debido a los reducidos montos usualmente involucrados y las dificultades prácticas de distinta índole que existen para efectuar reclamos en materia de evidente exigüidad económica...⁴

Delimitando además, con claridad meridiana, cuál sería la respuesta de los camaristas a la segunda cuestión observada, Vgr.: la de aplicabilidad y procedencia de la multa civil.

En tal sentido, el *obiter dictum* transcrito dejó en claro que la eventualidad de una afectación provocada por una *práctica abusiva* se hallaba comprendida dentro de la noción de *incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales* que anuncia la regla consumeril y que, según la autorizada inteligencia funcional y sistémica que efectúa el Dr. Pizarro, podría asociarse con

...la gravedad de la falta, como dato objetivo que no requiere necesariamente de un daño físico o patrimonial, pero que de algún modo debe impactar en el consumidor... los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito... la posición de mercado o de mayor poder del punido...el carácter antisocial y reprochable de la inconducta y su repercusión en el medio...la finalidad disuasiva futura perseguida... (Pizarro, 1993, pp.283)

Además, y aquí aparece un factor delimitante de la naturaleza jurídica que el tribunal asignaría a la sanción pecuniaria, se planteó que su procedencia en el caso se justificaba en que ante la exigüidad económica de la reparación patrimonial perseguida, la multa importaría una suerte de reparación efectiva que, de no existir, dificultaría las chances de nacimiento de esta clase de reclamos, no dando lugar a que, el grupo damnificado tenga el incentivo de convertirse “...en un fiscal de la correcta aplicación de la ley...” (Álvarez Larrondo, LL-2008, pp.5).

✚ **Análisis prospectivo:** el último criterio expresado por tribunal marca una pauta interesantísima a evaluar, ya que tales extremos hermenéuticos dejan tela para cortar en cuanto a si la sanción puede, efectivamente, ser asociada al plano resarcitorio como un “*plus*” de éste bajo ciertas condiciones (Trigo Represas, López Mesa, 2004) o, en cambio, la función punitiva de la multa civil se entroniza como una variable independiente del plano indemnizatorio. Ya se ha planteado este

⁴ Cam. Nac. Com., Sala D, C.A.B.A., “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer - c. Garbarino S.A.I.C. s/ordinario”, La Ley Online AR/JUR783623/2013, (08/11/2013), Consid. 6°.

debate en acápites anteriores de esta investigación, por ello a esos desarrollos se remite, pero, a los efectos de resaltar el criterio que aquí se pretende consagrar respecto de la sanción retributiva accesoria al reclamo reparatorio, pero autónoma en su funcionalidad, se harán propias las palabras de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien sostiene que

...La idea implícita en esta herramienta sancionatoria está en que el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de iniquidad y de inseguridad que acarrear algunos hechos antisociales e irritantes, cuyos autores lucran a costa de la desgracia humana: la reparación integral deja entonces insoluta la lesión al sentido de justicia... (Kemelmajer de Carlucci, 1993, pp.71)

Sentido de justicia que, si se toma a la sanción pecuniaria como un verdadero remedio, podrá ser útil para sanar sus heridas, siempre y cuando tal retribución resulte procedente en el caso concreto, además de provocar el efecto disuasorio en pos de evitar la reproducción de iniquidades y conductas disvaliosas análogas. Tal función punitiva, entonces, alcanzará el firme objetivo de ser una ineludible conquista.

c. PADEC Vs. Swiss Medical S.A.⁵. Presupuestos de la Responsabilidad Civil.

✚ **Cuestión relevante:** el trascendente Fallo a comentar justifica su inherencia al presente análisis desde dos aspectos a tener muy en cuenta, a saber: subyace en él lo que Gil Domínguez (2013) califica como la reafirmación de “*Halabi*” en términos no sólo de volver a poner sobre el tapete el paradigma constitucional de derechos allí reconocidos a partir de la reforma de 1994 como parte de ese “algo” que la Corte Suprema ha venido diciendo, según la impresión de los Dres. Maurino, Nino y Sigal (2005), sino que, además, como aspecto complementario, aparece la confirmación de que el cimero tribunal vuelve a avanzar, a paso firme, sobre un modelo de tutela procesal colectiva híbrido ya que, como bien apunta Verbic (2013-b), si bien recepta notas sustantivas similares a la categorización del modelo Brasileño, en lo instrumental, plantea la admisibilidad de mecanismos análogos a la *Rule 23* Norteamericana,

...Esto es: precisa identificación de la clase representada por el legitimado colectivo, supervisión de la idoneidad del representante durante toda la tramitación del asunto, realización de notificaciones para permitir a los miembros del grupo excluirse del proceso o bien intervenir en el mismo, e implementación de medidas adecuadas de publicidad para evitar la superposición de procesos con idéntico objeto... (Verbic, 2013-b, pp.8-9).

En igual orden de ideas, el mencionado decisorio aporta una exégesis muy relevante y novedosa, tal como considera Verbic (2013-b), del art. 54 de la Ley de defensa del consumidor, al decir que

...a partir de las modificaciones introducidas en el año 2008, la Ley de Defensa del Consumidor admite la posibilidad de que por vía de una acción colectiva puedan introducirse planteos como el que en autos se formula. En efecto, sólo de esta forma puede explicarse que el legislador, al regular las "acciones de incidencia colectiva", haya expresamente contemplado un

⁵ C.S.J.N., “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, *Id Infojus*: FA13000127, (21/08/2013).

*procedimiento para hacer efectivas las sentencias que condenen al pago o restitución de sumas de dinero...*⁶

Algo que afirma el sentido positivo hacia la vía procesal colectiva por daños patrimoniales en materia de usuarios y consumidores, pero además, permite, como se verá sobre el final de su exploración, marcar una prospectiva acerca de la fisonomía que asume tanto el daño a derechos individuales homogéneos en cierto tipo de relaciones jurídicas, así como también lo concerniente a los presupuestos que determinan la responsabilidad civil del agente dañador respecto al grupo conculcado.

✚ **Descripción del Caso:** Entre los años 2002 y 2004, la empresa prestadora de servicios de medicina prepaga Swiss Medical S.A., una de las tres empresas más importantes y con mayor cantidad de afiliados del sector⁷, decidió, de manera unilateral, aplicar tres incrementos sucesivos en el arancel exigido, bajo una escala porcentual del orden del 11% y del 12%, en el marco de un contrato tipo que vinculaba a la misma con sus clientes y que prescribía, además de la posibilidad de ajuste unilateral de los aranceles, la aptitud de modificación, también en forma unilateral, de los planes prestacionales, la eximición de responsabilidad civil por la impericia, culpa, dolo, imprudencia o negligencia de sus prestadores, así como de la liberación de responsabilidad por la suspensión del servicio (*cláusulas 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4.2*).

En ese contexto, la Organización No Gubernamental PADEC (Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor) presentó una demanda ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 18 en el año 2004, con el objeto de obtener declaración de certeza acerca de la ineficacia de las cláusulas contractuales antes descriptas y se condenara a Swiss Medical a dejar sin efecto los incrementos ya señalados. La particularidad del caso es que, el mismo, fue enmarcado como una cuestión de afectación a derechos de incidencia colectiva, *Vgr.:* derechos de usuarios y

⁶ C.S.J.N., *Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013), Consid.15.*

⁷ 800.000 afiliados para el año 2013, compartiendo el podio con Galeno S.A. y OSDE S.A.; Giobberchio, G., (2013/08/23), "La Corte avaló por primera vez una demanda colectiva de consumidores", *Diario Clarín, Sociedad*, [Versión electrónica], de URL: http://www.clarin.com/sociedad/Corte-avalo-demanda-colectiva-prepaga_0_979702117.html.

consumidores, reconocidos por el art. 42 de la CN⁸, más allá de los intereses particulares de cada afiliado damnificado. Pero además, la organización de protección consumeril fundó su legitimación para impetrar la acción en los arts. 43 2^{do} párr. CN⁹ y los arts. 52¹⁰ y 53¹¹ de la ley de defensa del consumidor, según texto vigente por ese entonces¹², cuestión que, como se verá, se transformaría en central durante el proceso, más allá de no conformar el fondo de la cuestión demandada.

A tales fundamentos expuestos por PADEC se le opuso la excepción de falta de legitimación procesal planteada por la demandada, que resultó, a la postre, la motivación observada en el rechazo de la demanda por parte del Juez de primera instancia. PADEC apelaría el Fallo contrario a sus pretensiones ante la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, pero la respuesta del tribunal de alzada iría en el mismo sentido que el dado a la causa por el *a quo*. En efecto, la Cámara, para así decidir se valió de los siguientes argumentos:

⁸ *“Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”*, Const. Nac. Arg.

⁹ *“Artículo 43.-...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”*, Const. Nac. Arg.

¹⁰ *“ARTICULO 52. — Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Las asociaciones de consumidores estarán habilitadas como litisconsorte de cualesquiera de las partes. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.”*, Ley N° 24.240, Defensa del Consumidor, (22/09/1993).

¹¹ *“ARTICULO 53. — Normas del Proceso. Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozarán del beneficio de justicia gratuita.”*, Ley N° 24.240, Defensa del Consumidor, (22/09/1993).

¹² *Vale aclarar que ambos artículos han sido modificados por los arts. 24 y 26 de la Ley N° 26.361 de “Modificación de la Ley N° 24.240. Disposiciones complementarias”, (03/04/2008).*

...consideró que el derecho invocado por la actora no constituía un derecho de incidencia colectiva. Por el contrario, entendió que los intereses involucrados en el caso eran patrimoniales y divisibles, que podían resultar contradictorios o confusos, y que su homogeneidad era solo aparente. Agregó que no surgía del expediente que todos los afiliados hubieran avalado la promoción de la demanda, y consideró cuanto menos riesgoso dejar librada su defensa a una asociación de consumidores. Al respecto, entendió que la afectación de derechos subjetivos proyectada a un grupo determinado de personas no necesariamente conllevaba a un derecho de incidencia colectiva, sino más bien a una sumatoria de derechos subjetivos y que, en estos casos, correspondía ser extremadamente cauto, puesto que se corría el riesgo de sustituir la voluntad del interesado a quien le correspondía en forma exclusiva el ejercicio y tutela de sus derechos. En consecuencia, concluyó que el carácter divisible y no homogéneo de los intereses en juego determinaba la falta de legitimación de la actora para demandar la nulidad de las cláusulas contractuales impugnadas...¹³

✚ **Resolución:** valiéndose del remedio extraordinario federal previsto por la Ley N° 48¹⁴, la asociación de protección consumeril planteó, en el año 2007, recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La respuesta del tribunal tardaría seis años en ver la luz, pero las novedades que tendría para aportar al caso bien valdrían la expectativa. En efecto, el cimero tribunal aprovecharía la cuestión formal ventilada ante sus estrados para efectivizar lo que Gil Domínguez (2013) califica como la reafirmación de “*Halabi*” ya que, luego de efectuar la delimitación correcta del objeto de la pretensión, Vgr.: “...*la supresión de los aumentos ya dispuestos en virtud de la cláusula contractual que originalmente habilitaba a la demandada a aumentar el valor de las cuotas mensuales que abonaban los afiliados...*”¹⁵, ya que parte de éste se había tornado abstracto en función de una serie de resoluciones emitidas por la secretaria estatal pertinente¹⁶, la Corte volvió a validar el esquema jurídico sustancial propuesto en el *Leading Case* antes mencionado como forma de fundamentación de la legitimación de quien deduce una pretensión procesal en los términos que lo hiciera la recurrente. Este esquema que conforma, según Gil Domínguez (2013), el paradigma constitucional

¹³ C.S.J.N., *Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013), Consid.2°.*

¹⁴ Art. 14, inc. 3°, Ley N° 48, “*Jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales*”, (14/09/1863).

¹⁵ C.S.J.N., *Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013), Consid.4°.*

¹⁶ C.S.J.N., *Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013), Consid.4°.*

argentino, se halla compuesto por “...*derechos individuales, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y derechos de incidencia colectiva referentes a derechos individuales homogéneos...*” (Gil Domínguez, 2013, pp.5). En aquella última tipología es en la que el máximo tribunal anclaría los extremos habilitantes de PADEC como demandante, basado en la legitimación instrumental extraordinaria que la propia Carta Magna reconoce en el art. 43 2^{do} párr.

Los eminentes Ministros¹⁷ caracterizarían al asunto como un supuesto de afectación a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos basándose en que, en primer término, se corroboraba la existencia de un hecho único o complejo capaz de causar una lesión a una pluralidad relevante de sujetos; en segundo lugar, se hallaba planteado el enfoque centrado en los efectos comunes de la lesión y no en lo que cada persona pudiera petitionar de manera diferenciada; y en último término, lo que habría de certificarse es que el interés individual considerado aisladamente, no justificara la promoción de una demanda, afectando la garantía de justiciabilidad o que, no obstante ello, dada su propia naturaleza, la cuestión ameritara un fuerte interés estatal en su protección.¹⁸

En el caso de marras, tales extremos se verían certificados toda vez que la empresa Swiss Medical S.A. contemplaba en el marco de un contrato tipo de adhesión al que suscribían sin posibilidad de negociar cláusulas particulares sus afiliados, la capacidad de modificar la cuota mensual de servicio de manera unilateral, lo cual se viene a identificar con la existencia de un hecho único (la cláusula abusiva) capaz de causar una lesión (el perjuicio patrimonial existente en el incremento injustificado de la cuota) a una pluralidad relevante de sujetos (todos los afiliados al servicio de medicina prepaga en cuyo convenio figure tal cláusula). Lo siguiente que ha de comprobarse es que la pretensión se hallaba centrada en los efectos patrimoniales comunes a todos los damnificados, y no planteada desde el punto de vista del detrimento patrimonial o extrapatrimonial emergente en cabeza

¹⁷ Cinco de ellos que fueron los que conformaron el Voto de la mayoría, a saber: Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, Dra. Elena Highton de Nolasco, Dr. Carlos Fayt, Dr. Juan Carlos Maqueda y Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Completando desde la disidencia los votos de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y María del Carmen Argibay.

¹⁸ C.S.J.N., *Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013), Consid.10.*

de cada uno de los afectados de manera diferenciada. En cuanto al tercer criterio de evaluación, la Corte haría aquí una valoración que guarda dos aristas encadenadas lógicamente, ellas son: la escasa significación económica de la lesión sufrida por cada sujeto en su esfera individual, resulta un incentivo más que suficiente como para desalentar la demanda particular sobre el punto, ya que los costos excederían ampliamente a los beneficios pretendidos. Como consecuencia de lo predicho emerge, necesariamente, un estímulo negativo y una clara vulneración de la garantía irrestricta de acceso a la jurisdicción que el Estado debe proveer de manera efectiva, y por ello, el deber de arbitrar medios procesales idóneos (para el caso, tanto la legitimación extraordinaria a las asociaciones que propendan a esos fines, como una tipología de procedimiento acorde como para sustanciar la pretensión colectiva) para que ello constituya una realidad. En cuanto a las soluciones de fondo, éstas han quedado pendientes al día de la fecha ya que, más allá de que la Corte haya sentado las pautas hermenéuticas antes vistas que le daban un claro encuadre jurídico a la cuestión de fondo, su resolución atendió a las cuestiones formales, quedando a expensas del Juzgado de primera instancia (en lo Civil N° 18), el dar curso al *thema decidendum* fondal.¹⁹

✚ **Análisis prospectivo:** para finalizar, y ya contando con la información relevante del caso, se hace preciso tamizar a los mismos conforme a los parámetros que se han fijado al momento de indagar sobre el daño a la tipología de prerrogativas que se corresponde con el supuesto de marras, desentrañando allí los presupuestos de responsabilidad civil que han de corroborarse.

En cuanto al *nexo causal*, queda claro que la modificación unilateral de una cláusula general de contratación que supuso una serie de incrementos arancelarios durante un período temporal determinado, viene a configurar la *condición necesaria* para producir consecuencias patrimoniales en cada uno de los afectados de manera idéntica, teniendo en cuenta el alcance del dispositivo contractual referido.

¹⁹ Gioberchio, G., (2013/08/23), “La Corte avaló por primera vez una demanda colectiva de consumidores”, *Diario Clarín, Sociedad*, [Versión electrónica], de URL: http://www.clarin.com/sociedad/Corte-avalo-demanda-colectiva-prepaga_0_979702117.html.

Ingresando en el terreno de la *antijuridicidad*, resulta importante tener en cuenta que si bien la acción emprendida por la empresa al aplicar los ya mencionados incrementos se correspondió con un mecanismo que se encontraba contemplado por cláusulas predisuestas preexistentes en el contrato tipo, en virtud del principio protectorio²⁰ establecido por el ordenamiento para los contratos de consumo, tal actividad desplegada se traduce como una práctica abusiva ya que tales estipulaciones entran en flagrante contradicción con los criterios delimitadores de la frontera admitida por el ordenamiento jurídico en cuanto al ejercicio de una prerrogativa determinada que no ampara, bajo ningún aspecto, la posibilidad una transgresión solapada, como la califican los eminentes Pizarro y Vallespinos (1999), compuesta por un tan sólo aparente cumplimiento de la letra formal del convenio, pero un claro quebrantamiento de su espíritu y objeto²¹.

En lo tocante al *Factor de atribución*, queda claro que en materia de tutela consumeril el mismo se ve objetivado en virtud de un apotegma basado en “...*un orden público de protección intenso...*” (Lorenzetti, 2004, pp.680) que el marco de tales relaciones justifica, dado el natural desequilibrio entre los obligados. En tal sentido, pesa sobre el proveedor de un servicio, *Vgr.*: en este caso, la empresa Swiss Medical S.A., además del consabido deber nuclear de buena fe y previsibilidad en la ejecución prestacional, un deber colateral de garantía y seguridad (Lorenzetti, 2004) que, en modo alguno, puede verse conculcado por la aplicación efectiva de cláusulas o acciones que desnaturalicen el sentido y alcance de tales obligaciones.

Por último, y teniendo en cuenta la comprobación efectiva de los puntos anteriormente desarrollados, corresponde concluir que en el caso de marras existió un daño patrimonial cierto, común a todos los afiliados que hubieron de absorber los incrementos arancelarios aplicados por la empresa, producto de una práctica abusiva en detrimento de un interés especialmente protegido por la Ley de defensa

²⁰ Principio protectorio que supone una presunción en contra del estipulante y hermenéutica restrictiva en cuanto a las ventajas a su favor (Lorenzetti, 2004).

²¹ En el encuadre jurídico planteado por la demandante en “PADEC c/Swiss Medical” se ve, claramente, como la aplicación de esas cláusulas de ajuste entraban en contradicción con los arts. 37, 38 y 39 de la Ley N° 24.240, de “Defensa del Consumidor”, (22/09/1993); arts. 18, 21 y 1198 del Código civil Ley N° 340 (29/09/1869) [ya derogado]; y con el art. 4 y ccdtes de la Ley N° 25.561, de “Emergencia Económica”, (06/01/2002) en lo tocante a la prohibición de indexación de aranceles y cuotas.

de consumidores y usuarios. Ello importa, por ende, la obligación por parte de la empresa responsable, de efectuar la restitución patrimonial pertinente

*...por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado...*²²

Además de tener en cuenta que, en caso de que tales prácticas abusivas hubieran provocado consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales en el fuero individual de cada afiliado, la propia ley consumeril aporta como solución adjetiva al respecto que

*...Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán estos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda...*²³

Estos lineamientos y caracteres son, en definitiva, los que ponen al llamado caso “PADEC” en la mira de las indagaciones aquí hechas, ya que esta tipología de afectación en materia consumeril (cláusulas abusivas en contratos de adhesión) reviste fuertes implicancias sociales y, por ende, un evidente interés protectorio supraindividual.

²² Art. 54, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

²³ Art. 54, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

d. Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Bs. As. Vs. Edesur S.A.²⁴. Identificación de derechos individuales homogéneos.

✚ **Cuestión relevante:** Si bien ya se han tratado, con algún grado de profundidad, los aspectos relevantes de este caso en otra parte del trabajo, bien vale la pena traerlo nuevamente al análisis ya que, desde otro enfoque posible, se advierten aristas fundacionales en materia de derechos individuales homogéneos, ellas son: la novedad que significó un encuadre jurídico de la cuestión bajo el sintagma de derechos de incidencia colectiva para un supuesto de daño masivo a un conjunto relevante de personas afectadas tanto en su órbita patrimonial como extrapatrimonial, por un lado, y la sustanciación de un proceso ordinario de daños y perjuicios que permitió obtener una declaración común de responsabilidad civil en beneficio de todos los afectados, a fin de que éstos pudieran oponerlo en sus posteriores reclamos individuales (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Este último punto adquiere mayor significancia si se tiene en cuenta que, para el tiempo histórico del mencionado proceso, la ley de protección de usuarios y consumidores, específicamente, y ningún otro instrumento normativo nacional en general, contemplaba la posibilidad de ejercicio procesal de acciones colectivas que permitieran la determinación de los presupuestos comunes de la responsabilidad civil, es decir, acción, antijuridicidad, imputabilidad y nexos causal (Lorenzetti, 2010).

Estos extremos marcarán, entonces, el pulso del caso y de la exploración que aquí se hace de él, sobre todo porque su principal proyección, como apuntan Maurino et. al. (2005) en su obra, es la que permite advertir tanto la posibilidad de acciones de responsabilidad civil que efectivicen el control sobre la prestación de los servicios públicos en general, como de la posibilidad de que, a través de una sola declaración jurisdiccional, la responsabilidad quede determinada para beneficio del grupo afectado, simplificando la concurrencia posterior de cada

²⁴ *Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com. Fed., Sala 01, C.A.B.A., “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR SA s/ responsabilidad por daños”, Id Infojus: FA00030001, (16/03/2000).*

damnificado particular a certificar su reclamo indemnizatorio oponiendo tal decisión.

✚ **Descripción del Caso:** el día 15 de Febrero de 1999, a raíz de una serie de desperfectos ocasionados por un mantenimiento defectuoso en la subestación *Azopardo* integrante del sistema de distribución de energía eléctrica de la empresa Edesur S.A., se produjo un corte masivo de suministro eléctrico que afectó, aproximadamente, a unas seiscientas mil personas (600.000) durante once días, provocando una serie de inconvenientes y daños de diversa índole; Vgr.: semáforos fuera de servicio que propiciaron un caos en el tránsito vehicular; pérdida de la conservación en frío de muchas de las mercaderías (medicamentos, alimentos perecederos) almacenadas en los comercios de la zona, con su consecuente perjuicio económico asociado; carencias varias y trastornos de movilidad en edificios y casas de familia, tales como falta de agua potable, mal funcionamiento de redes cloacales e imposibilidad, claro está, de utilización de ascensores. Además de los mencionados daños, diversas instituciones públicas vieron afectado su normal funcionamiento, entre ellas, la defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que sufrió la paralización de sus actividades durante cuarenta y ocho horas. En ese contexto, y a diez días del comienzo del corte masivo, la institución mencionada decidió iniciar una actuación judicial sumarísima de responsabilidad y reparación de daños y perjuicios²⁵ en nombre propio y en defensa de todos los usuarios afectados, conforme la legitimación procesal reconocida por la Carta magna nacional y por la constitución de la Ciudad Autónoma de Bs. As²⁶. (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.129-130)

✚ **Resolución:** la decisión en Primera instancia giró en torno a tres ejes centrales. El primero de ellos tuvo que ver con la calificación del régimen normativo aplicable al caso, encuadrándolo bajo la órbita de la ley de defensa de usuarios y consumidores N° 24.240 y determinando, por ende, la responsabilidad objetiva de la empresa Edesur por el daño ya que la naturaleza de la obligación prestacional, según la

²⁵ Arts. 321, 322, 486, 498 y ccdtes. Del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 17.454, (01/07/1981), (Modif. Por Ley N° 25.488, 22/11/2001).

²⁶ Art. 43, 2^{do} párr., Const. Nac. Arg. y Art. 137, Const. De la C.A.B.A. (01/10/1996).

regulación predicha, obedece a la exigencia de cumplimiento de un resultado determinado de manera correcta, siendo suficiente acreditar la ausencia de ese resultado para sindicarse la responsabilidad. Esta adecuada, según Lorenzetti (2010), calificación normativa sería ratificada, luego, por la Cámara. El segundo eje estuvo estrictamente relacionado con el primero y fue determinante para sostener la responsabilidad objetiva de la empresa. En efecto, el tribunal tomó especialmente en cuenta una resolución del Ente regulador actuante en los hechos que descartaba la existencia de caso fortuito en la falla de la subestación, dictamen que había sido aceptado por la propia empresa²⁷. Por último, el tribunal decidió hacer lugar a la demanda pero sólo por los daños sufridos por la Defensoría del pueblo en su esfera personal, y no respecto a los perjuicios padecidos por el grupo afectado. Tal decisión se fundó en que la legitimación procesal de la Defensoría no operaba, respecto a los damnificados, cuando el daño afectaba a prerrogativas plenamente individuales de un grupo determinado, y no a toda la comunidad, lo cual tornaba inaplicable a una representación basada en intereses supraindividuales como los que dan sustento a los institutos consagrados por la Constitución de la Ciudad y la Carta Fundamental Nacional.

Apelada esta sentencia por la Defensoría, le tocaría el turno a la Sala 1 de la Cámara nacional de apelaciones en lo Civil y Comercial federal emitir una decisión al respecto. Como primer elemento, la Cámara estimó que al tratarse de daños y perjuicios divisibles en cabeza de cada afectado en particular, no procedía la legitimación constitucional extraordinaria del art. 43, toda vez que no se estaba hablando allí de derechos de incidencia colectiva, sin embargo, mantuvo en pie la legitimación procesal que la Carta Magna porteña reconocía a la defensoría en su art. 137 por entender que tal dispositivo permitía a la institución representar intereses individuales de los habitantes de la ciudad, algo que no sólo no contradecía al plexo constitucional nacional sino que debía colegirse como complementario a éste. En lo tocante al fondo del asunto, el tribunal extendería la responsabilidad por los daños de la empresa Edesur respecto de los daños ocasionados a todos los usuarios, además de confirmar la condena de primera

²⁷ Res. N° 222/1999 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (E.N.R.E.).

instancia sobre los daños y perjuicios sufridos por la propia defensoría. El alcance de la sentencia sería declarativo en cuanto a la asignación de Responsabilidad Civil de la empresa, dejando abierta la posibilidad de que cada usuario afectado pudiera, por la vía que estimara pertinente, concurrir a plantear el daño diferenciado en cada caso. Lo que ya no podría controvertirse en ninguno de esos litigios particulares, es lo atinente a la responsabilidad de Edesur por el daño masivo. (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.130-135)

✚ **Análisis prospectivo:** sin lugar a dudas, y más allá de las muchas aristas interesantes que el caso de marras registra, el dato excluyente se plantea en la posibilidad de que mediante un mecanismo instrumental, aquí una sentencia declarativa, se pueda delimitar un núcleo de responsabilidad civil común, algo que Lorenzetti (2010) señala como los *presupuestos comunes*, a fin de corporizar la causa fáctica o normativa homogénea que da sustento a la categoría jurídica de derechos de incidencia colectiva señalada en “Halabi”, quedando expedita la vía de ejecución para determinar el daño diferenciado padecido por cada individuo del grupo afectado. Esta conceptualización realizada por el tribunal patentiza los extremos conceptuales de remoción de obstáculos para alcanzar el acceso efectivo a la jurisdicción toda vez que facilita a los justiciables la posibilidad de anclar su reclamo, por vía incidental, en un núcleo de responsabilidad común ya acreditado. Por otra parte asoma, en este caso, una cuestión muy relevante para el presente trabajo, tal y como es la del denominado activismo judicial, que importa, según las definiciones aportadas por Lorenzetti (2010), la posibilidad de que los jueces puedan avanzar sobre áreas que, tradicionalmente, han sido consideradas como reservadas a los órganos ejecutivos; en este ejemplo, el activismo se concentró en el rol de contralor que le cupo al tribunal acerca de un servicio público y su consecuente responsabilidad por haber incumplido su obligación prestacional.

e. El fallo “Badaro”²⁸. Alcance de la sentencia.

✚ **Cuestión relevante:** excede al presente trabajo hacer una sesuda indagación acerca de los extremos abarcados por el decisorio de marras, ya que su importancia histórica y significancia respecto a representar un verdadero cambio de paradigma en materia de reconocimiento y hermenéutica de derechos de la seguridad social releva de mayores comentarios. Lo que si vale la pena resaltar es que aquí la Corte Suprema volvió a sembrar un precedente favorable a la noción del activismo judicial (Lorenzetti, 2010) toda vez que, a través de su inteligencia sobre la garantía de movilidad previsional reconocida por el art. 14 bis *in fine*²⁹ de la Carta Fundamental, delimitó el contenido proporcional de las políticas públicas que los otros poderes del Estado hubieran de adoptar a fin de efectivizar tal movilidad, tal como se observará oportunamente. Pero es allí mismo en donde nace la inquietud que le da especial relevancia al caso, ya que ha sido el propio tribunal el que ha circunscripto el valor de su decisión al caso individualmente concebido, sin lugar a una proyección expansiva del *iter* hermenéutico allí sustanciado. Sobre esto último vale agregar, como detalle, que el alto nivel de litigiosidad que ha tenido el reclamo de reajuste de haberes previsionales en condiciones homogéneas al caso Badaro ha sido expuesto y reconocido por la propia Corte aunque, de manera restrictiva, haya acotado el ámbito de aplicación de las soluciones allí vertidas.

Es por ello que, en el ámbito del análisis prospectivo, y una vez determinados los hechos y su resolución, se intentará explorar una alternativa que permita concebir un alcance expansivo de sentencias como la de marras, bajo las condiciones y caracteres que, oportunamente, se habrán de describir. Dos parámetros insoslayables signarán la tarea exploratoria: uno radicará en la

²⁸ C.S.J.N., “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”, Id Infojus: FA07000202, (26/11/2007).

²⁹ “Art.14 Bis.-... El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”, Const. Nac. Arg.

proyección e implicancia supraindividual del bien jurídico en juego, y el otro hallará sus fundamentos en la posibilidad práctica de remover condicionamientos graves que hoy existen en torno a este tema, respecto al acceso efectivo a la justicia, a través de un tipo de respuesta de carácter expansivo.

✚ **Descripción del Caso:** el 26 de Noviembre de 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad del sistema de movilidad jubilatoria existente y dispuso su sustitución y el pago de las diferencias pertinentes, conforme haber “...interpretado la garantía de la movilidad de las jubilaciones y pensiones amparadas en el art. 14bis, en base a los llamados principios de proporcionalidad y de substitutividad del haber jubilatorio...” (González Saborido, 2015, DACF150780), el primero de ellos, relativo a la adecuada vinculación que debe guardar el haber previsional con respecto al promedio salarial de los trabajadores activos, conforme un porcentaje determinado. El segundo de los principios planteados, el de substitutividad responde a que el beneficio jubilatorio debe garantizar, necesariamente, el resguardo de la calidad de vida que poseía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral (González Saborido, 2015). En virtud de ello, el cimero tribunal definió un sistema de movilidad basado en la vinculación evolutiva del haber previsional con la progresión que se registrara en el nivel general de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).

✚ **Alcance de la Resolución:** en los dos últimos considerandos del fallo de marras, la Corte ejerció los fundamentos argumentales de porqué, aun reconociendo la existencia de una “...numerosa cantidad de pleitos en los que se debaten controversias similares...”³⁰ el alcance de la decisión sólo habría de circunscribirse al caso llevado a sus estrados, sin proyección alguna fuera de él. Los argumentos centrales fueron dos: el primero podría resumirse en la idea de que no está dentro de las atribuciones constitucionales del Poder Judicial³¹ dictar sentencias con alcances generales que deroguen disposiciones normativas sancionadas por el Congreso, pues ello importaría una sustitución de las facultades propias del Poder

³⁰ C.S.J.N., *Id Infojus: FA07000202, (26/11/2007), Consid. 23.*

³¹ Art. 116, *Const. Nac. Arg.*

legisferante. El segundo de los fundamentos se encuadraría en colegir que resultaría una contribución a la seguridad jurídica el dictado de una norma regulatoria apropiada, conforme a las pautas observadas constitucionalmente, a fin de dar certeza y carácter permanente a su aplicación, siendo éste el más alto criterio para lograr reducir la litigiosidad imperante respecto al tema.

✚ **Análisis prospectivo**: con sólo observar lo ocurrido en los años posteriores al fallo, según las crónicas periodísticas, basta para comprender que los altos objetivos pretendidos por la Corte en su decisorio han estado lejos de verse cumplimentados ya que, si bien el congreso nacional sancionaría un nuevo régimen de movilidad previsional³², los litigios en torno al reajuste de haberes en función de la proporcionalidad plasmada en “Badaro” continuaron aumentando sistemáticamente hasta alcanzar cifras críticas para el órgano jurisdiccional³³.

De ello se desprenden las siguientes conclusiones, a saber: en el caso de marras se registra un patrón de mora o, por lo menos, insuficiencia en el cumplimiento de la adopción de un sistema adecuado para efectivizar una garantía constitucional, tal y como es la de la movilidad jubilatoria; esta falta de adecuación responde a la no consagración de un sistema que garantice, justamente, la *proporcionalidad y substitutividad* que deben resguardar los beneficios jubilatorios; esta omisión lesiva por parte del Estado impacta sobre los intereses de una pluralidad relevante y determinable de personas (los beneficiarios del sistema ordinario integrado de jubilaciones); ese impacto se expande, de manera homogénea, sobre todos los jubilados que se encuentran en las mismas condiciones que el Sr. Badaro; esta omisión lesiva antedicha se identifica, entonces, con una causa fáctica homogénea y, por lo tanto, detentadora de los mismos presupuestos para todos los casos; la relevancia social que despierta el deber indelegable del Estado de garantizar, a través de una adecuada movilidad previsional, la calidad y el

³² Ley N° 26.417, “Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público. Ley N° 24.241 modificación”, (15/10/2008).

³³ Respecto a esto, la periodista Silvia Stang informaba, en un artículo de La Nación del 15/12/2011 que el número de sentencias de reajuste previsional había alcanzado, a esa fecha, las 180 por día hábil, lo que ya implicaba un aumento de más del doble respecto del año anterior. Stang, S., (2011/12/15), “Se suman más juicios jubilatorios”, Diario La Nación, economía [Versión electrónica], de URL: <http://www.lanacion.com.ar/1432794-se-suman-mas-juicios-jubilatorios>

estándar de vida de los jubilados resulta innegable, habida cuenta de que la afectación impacta, de manera uniforme, sobre un grupo débilmente protegido o tradicionalmente postergado, de acuerdo a las nociones vertidas por el cimero tribunal *In Re "Halabi"*³⁴; es evidente, también, que la situación del promedio de los afectados se corresponde con la enorme dificultad de someterse a una controversia judicial que, conforme diferentes circunstancias, deviene en un verdadero derrotero de costos, beneficios y tiempos que terminan importando verdaderas obstaculizaciones de acceso a una justicia efectiva, en términos de celeridad y expectativas de resolución (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

En función de las conclusiones predichas, del claro ejercicio activista que el máximo tribunal llevó a cabo en cuanto a propiciar un marco estructural solutorio del tema fondal al marcar a los principios de proporcionalidad y substitutividad como parámetros sistémicos, además de sugerir el coeficiente estadístico al cual anclar tales extremos, y de la proyección supraindividual que este remedio importa, es que se impone la idea de que la sentencia pueda expandir sus efectos hacia todos los integrantes del grupo afectado en todo y en cuanto los haya de favorecer (Lorenzetti, 2010), removiendo, así, los obstáculos de acceso a los efectivos beneficios garantizados constitucionalmente.

Es importante remarcar que la sugerencia prospectiva aquí planteada no implica, en modo alguno, un cambio de paradigma en lo atinente al alcance del control de constitucionalidad, que en la Argentina es judicial, remedial y difuso (Maurino, et. al., 2005) y cuyos efectos se limitan siempre al caso (Lorenzetti, 2010). En otras palabras, no se adhiere aquí a la idea de una mutación del sistema de inaplicabilidad de la norma al caso concreto, lo que se propone, en cuanto a la expansividad de las decisiones judiciales, es que el control de constitucionalidad se efectúe en clave colectiva, no general, teniendo en cuenta la propagabilidad de los efectos uniformes que se han de obtener con el decisorio y el principio de igualdad constitucional³⁵ comprometido, que pone a todos los sujetos que se hallen en iguales circunstancias ante la norma a revisar, en iguales condiciones de acceso a

³⁴ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), *Consid.13*.

³⁵ Art.16, *Const. Nac. Arg.*

los beneficios de la sentencia, siempre que ésta les sea favorable. A diferencia del control de constitucionalidad clásico que permite, luego, la invocación del precedente, lo que aquí se hace es anticipar la cuestión tomando en cuenta las características especiales que la causa y el objeto pretensivo ostentan en cuanto a su incidencia colectiva. No se trata de modificar o alterar un sistema, sino de reencaminar sus perspectivas.

Como colofón de esto, vale agregar que al tiempo que se plantean estas cuestiones ya existe, en sede judicial, una acción de amparo colectivo a fin de promover los predichos efectos expansivos de la sentencia “Badaro” a todo el universo de beneficiarios en condiciones homogéneas (González Saborido, 2015).³⁶

f. Proconsumer Vs. Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A.³⁷. Exigencia de identificación de la clase.

✚ **Cuestión relevante:** este reciente caso ha sido incorporado al presente estudio ya que, como se observará en el desarrollo, demuestra de manera clara cuál es la importancia excluyente que asume la correcta identificación de la clase, o clases, afectada en causas relativas al daño a derechos individuales homogéneos. Esta exigencia que recae sobre la parte que pretenda un remedio basado en los efectos comunes del daño, es, a la vez, el filtro de admisibilidad o determinabilidad que el juez debe tomar en cuenta al momento de ponderar los hechos. No se podrá hablar, entonces, de un proceso colectivo si la certificación del grupo o colectividad afectada no se halla correctamente delimitado, tanto *ab initio* por la

³⁶ Ver Autos “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional” S.C., D. 45, L.XLV, actualmente en la Secretaría Judicial N° 2 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³⁷ C.S.J.N., “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, Id Infojus: FA15000001, (10/02/2015).

parte pretensora, como en la evaluación del juez en su rol de director del proceso.

✚ **Descripción del Caso:** la Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur (Proconsumer) inició una acción colectiva en contra de un conjunto de empresas del rubro de comercialización y producción de cemento tipo Portland en procura de resarcimiento económico para todos los consumidores afectados por el supuesto cobro de sobrepuestos en el valor de venta de tal mercadería. Encuadró el tipo de reclamo y su legitimación procesal bajo los extremos normativos de los arts. 42 y 43 CN, y la Ley de defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la acción impetrada³⁸, persiguiendo una condena general ya que sostuvo que la conducta de los demandados respondió a una práctica abusiva en perjuicio de los consumidores. En función de determinar a los grupos de damnificados por la conducta de las empresas demandadas, la asociación de marras configuró las siguientes clases: **a.** una clase global que involucraba a todos los consumidores; **b.** una clase de consumidores indirectos de cemento Portland; **c.** una sub-clase de consumidores indirectos que haya adquirido inmuebles nuevos, o que hayan encargado a un tercero la construcción de una estructura mediante la utilización de cemento.

✚ **Resolución:** luego de que, en primera instancia, se denegara la legitimación de la asociación actora, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial terminaría reconociendo la legitimación de Proconsumer para actuar en representación de los consumidores afectados por el obrar de los demandados. Ante ello, las empresas sindicadas como responsables del menoscabo patrimonial sufrido por los consumidores recurrieron, por vía remedial extraordinaria, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de que entendiera en la controversia.

En efecto, y luego de analizar la cuestión, el 10 de Febrero de 2015, el cimitero tribunal, dictaría resolución sobre el caso. Luego de hacer

³⁸ Art. 54 y ccdtes., Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

consideraciones acerca de la legitimidad recursiva operada por la parte demandada, y de los aspectos pertinentes a la legitimación procesal extraordinaria de la parte Actora, la Corte entraría, de lleno, en el examen del asunto troncal del caso de marras, tal y como es el de las clases y sub-clases certificadas por la asociación demandante.

En torno a ello, el decisorio avanzaría en marcar que el carácter excesivamente vasto y heterogéneo del universo supuestamente damnificado, más la ausencia de una relación jurídica (calidad de consumidores y comercializadores del producto) homogénea entre damnificados y demandados, impedía corroborar, en el supuesto, tanto la determinación e identificación clara de una clase, o varias de ellas, como los efectos comunes y uniformes que la supuesta conducta pudiera haber ocasionado y que, por ende, inhabilitaban su tratamiento como acción de tipo colectivo en los términos sentados por “Halabi”.

El propio Tribunal, por último, sería el encargado de ahondar en la importancia crítica que reviste el certificar debidamente la clase en acciones de estas características, al señalar que

...la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción...³⁹

Y de precisar, además, que ello para los jueces deviene fundamental ya que

...Sólo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva...⁴⁰

³⁹ C.S.J.N., *Id Infojus: FA15000001, (10/02/2015), Consid.9°.*

⁴⁰ C.S.J.N., *Ibidem.*

Resultando la vaguedad en la certificación de una clase una complicación impropia que

...ponen al magistrado en la inadmisión de tener que escrutar el universo de adquirentes directos de cemento portland y, a partir de las genéricas afirmaciones allí expuestas y sin contar con los elementos suficientes, constatar si entre ellos existe un grupo relevante respecto del cual, en atención al volumen y cantidad de las operaciones realizadas, los montos involucrados y el destino que dieron al bien adquirido, se verifican los recaudos que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, habilitan la procedencia de la acción colectiva...⁴¹

En base a estas consideraciones sería que la Corte Suprema terminaría desestimando, entonces, la demanda impetrada por Proconsumer.

✚ **Análisis prospectivo**: en el caso de marras, se ve expuesto de manera insoslayable el principio sentado por la Corte Suprema en autos “*Halabi*” en cuanto a la necesaria identificación de una clase afectada para la procedencia de acciones de tipo colectivo, ya que tanto la vaguedad en sus rasgos particularizantes, como el exceso en su determinabilidad pueden producir la ruptura de su nota excluyente de categorización, es decir, la homogeneidad. En controversias como la analizada es en donde se advierte, de manera palmaria, que la falta de legislación instrumental en la materia, aquello que la Corte se ha encargado de venir reclamando desde hace tiempo, provoca una inestabilidad en materia de razonabilidad en la conformación de este tipo de acciones, ya que tanto el proceso de identificación del grupo afectado, como la certificación razonable a cargo del magistrado, quedan libradas a la hermenéutica del caso, y no a estándares o parámetros objetivos de admisión.

Respecto a ello, como bien enseña Lorenzetti (2010), se impone acudir a fuentes jurídicas foráneas⁴² que ya han estandarizado sus procesos colectivos, y extraer de allí los elementos de certificación objetivos que podrían ser aplicables a la realidad judicial local. Esto es lo que ha hecho el máximo tribunal nacional en “*Halabi*” al exponer dos requerimientos necesarios para identificar a una

⁴¹ C.S.J.N., *Id Infojus: FA15000001*, (10/02/2015), *Consid.10°*.

⁴² U.S. *Federal Rules of Procedure* (1938), *Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions*.

clase, como son el de la *relevancia* y el de la *comunidad*. El primer elemento refiere a que el número de sujetos contenido por la clase debe resultar relevante, es decir que, la medida del grupo afectado debe responder a un sentido cuantitativo que justifique una acción de tales características pero que, a la vez, mantenga un criterio de identidad entre todos sus miembros. Criterio que, como señala el precitado autor, no puede ni pecar de vaguedad, ni convertirse en un tecnicismo ininteligible para el común denominador de las personas, ya que tanto en un caso (expansión e indeterminabilidad), como en el otro (excesiva puntualización restrictiva) la relevancia del grupo se vería seriamente afectada (Lorenzetti, 2010).

Respecto del criterio de *comunidad*, se impone necesario el colegir que la correcta identificación del núcleo de afectación común en la demanda deberá ser su factor determinante, toda vez que la ausencia o deficiencia en la invocación de una causa fáctica o normativa homogénea obstaculizan, tal como se ve en el caso, la posibilidad de avanzar hacia la uniformidad de padecimientos y, por ende, de calificar los efectos comunes a ser reparados. Por ello es esencial que la tipificación del reclamo sea clara en todos sus términos (curso de eventos y argumentos legales uniformes) a fin de obtener, de esa manera, los efectos preclusivos de la decisión judicial que han de perseguir los miembros de la clase (Lorenzetti, 2010).

En el otro extremo del análisis, aparece el rol del juez en su calidad de director del proceso, quien deberá tener en cuenta los aspectos reseñados, a fin de propugnar una certificación razonable del grupo damnificado. Este principio de razonabilidad implica, por ejemplo, que el magistrado en su evaluación de la clase, podría dividirla en subcategorías que representaran de manera más ajustada cada grupo de intereses (divisiones por situación, por tipo de intereses, por categoría, por territorio, etc.), o delimitar la clase afectada al proceso teniendo en cuenta un período de tiempo determinado en la afectación. Además, será tarea del magistrado el velar por la efectiva protección de los ausentes en el proceso, así como de generar los instrumentos adecuados para que éstos puedan concurrir al mismo en tanto y en cuanto les beneficie (Lorenzetti, 2010). Estas

técnicas, que en el derecho comparado se denominan de *management*, importan un rol más activo de los jueces, además de significar un cambio de paradigma respecto al tradicional procedimiento de tipo dispositivo.

Deberá ser un objetivo primordial el sentar estos criterios objetivos en cualquier normativa que pretenda regular procesos colectivos en la Argentina, tanto para garantizar seguridad jurídica, como para lograr a cobertura jurisdiccional idónea y certera en materia supraindividual.

g. Asesoría Tutelar de Justicia CCAdm. y Tributario de la CABA Vs. Gobierno de la CABA⁴³. Un caso de remedio estructural ante una afectación a un derecho bidimensional.

✚ **Cuestión relevante:** en el siguiente caso se ponen de manifiesto dos cuestiones que merecen ser exploradas con cierto detenimiento, a saber: por un lado, observar los alcances y fundamentos de una resolución estructural ante un hecho determinado y, por el otro lado, advertir en ciertos elementos conceptuales del caso la posibilidad de considerar un tránsito teórico desde la concepción de derechos individuales homogéneos hacia la de derechos mirados desde una perspectiva bidimensional.

✚ **Descripción del Caso:** el asesor tutelar de la ciudad autónoma de Bs. As., en su carácter de legitimado para promover acciones en defensa de menores⁴⁴, además de la legitimación procesal invocada por los arts. 14, 2^{do} párr. de la Constitución de la CABA y 43, 2^{do} párr. de la Constitución Nacional presentó una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad basado en el menoscabo del derecho a

⁴³ *Cám de Apel. Cont. Admin. Trib. de la C.A.B.A., Sala 01, Ciudad Autónoma de Bs. As., “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, Id Infojus: FA01370357, (01/06/2001).*

⁴⁴ *Art. 49, inc. 2, Ley N° 1903/05, “Ley Orgánica del Ministerio Público”, C.A.B.A., (06/12/2005).*

la educación de niños, niñas y adolescentes, más la discriminación en el acceso educativo de los mismos a raíz de la no construcción de un establecimiento educativo de nivel secundario en la zona conocida como Ciudad Oculta.

En dicha pretensión, el Actor solicitó que el tribunal obligara a la autoridad demandada a proceder con la construcción de la escuela pertinente, en cumplimiento de la Ley que ordenaba dicha obra⁴⁵ en las modalidades y plazos indicados por la misma y a fin de subsanar el detrimento ocasionado al grupo delimitado por la zona geográfica afectada.

✚ **Resolución:** luego de que la justicia, en primera instancia, diera lugar al amparo y ordenara al Gobierno Porteño a realizar las obras, éste se agravió deduciendo recurso de apelación porque, a su criterio, no existía daño diferenciado en el caso y porque el instrumento normativo que la obligaba a realizar la obra era manifiestamente inconstitucional (Lorenzetti, 2010). Ante ello, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones Contenciosa Administrativa y Tributaria de la Ciudad procedería, entonces, a dar respuesta a la cuestión de fondo.

En torno a los elementos de interés para la presente indagación, el Tribunal de alzada dictaría una sentencia con claras reminiscencia de remedio estructural ya que, en su resolución, plantearía un mecanismo de ejecución supervisado de la condena que tendría, como aspectos relevantes, la exigencia de presentación de un programa de obra fijado por la administración, ante el juez de primera instancia, dentro del plazo de 30 días contados desde la sentencia. Esta obligación de hacer sería controlada, en cuanto al cumplimiento del programa predicho, por el a quo a fin de certificar su realización.

El segundo aspecto tuvo que ver con la calificación que harían los magistrados en cuanto a la categoría del derecho conculcado. En efecto, la Cámara fundaría la categorización de derecho de incidencia colectiva conculcado realizada, en tanto y en cuanto

⁴⁵ Ley N° 350/00, “Destino de un Sector de Predio - ESCUELA 19 DE 20 ROMA – Construcción de Escuela Secundaria - Calle Cosquín 3100”, CABA, (02/03/2000).

...la afectación del derecho a la educación tiene un efecto generalizado, pues potencialmente podría incidir sobre todos los sujetos que se encuentran en condiciones de acceder a la educación pública que residan en la zona delimitada en el objeto de la demanda...⁴⁶

Pero además, plantearía un concepto por demás interesante al decir que *“...El acceso a la educación no reviste solamente el carácter de derecho subjetivo, sino que, en determinadas circunstancias, constituye un derecho de incidencia colectiva...”*.

Lo cual invita a concebir, como se definirá a continuación, que el acceso a la educación como derecho posee una doble perspectiva dimensional, la subjetiva por un lado, más aquella que se proyecta supraindividualmente.

✚ **Análisis prospectivo:** la idea de traer a colación el presente caso radica, justamente, en delimitar ciertos rasgos que dos criterios troncales para la hipótesis formulada en el presente trabajo comprenden, como son el remedio estructural en las sentencias como parte de una práctica activista de los tribunales (Lorenzetti, 2010), y una concepción bicéfala de ciertos derechos tradicionalmente considerados como subjetivos, a partir de su categorización como prerrogativas de incidencia colectiva.

Enlazando lo dicho con el caso de marras, se puede advertir como, a fin de no tornar ilusorio el acceso a la educación pública de la comunidad de niños, niñas y adolescentes de Ciudad Oculta, La Cámara asumió un rol activista en procura de poner en funcionamiento efectivo la solución al problema, no sólo ordenando el cumplimiento de una obligación de hacer por parte del Gobierno de la Ciudad, sino agregando las instrucciones necesarias, tanto al juez de primera instancia, como a la parte perdedora, para que se estableciera un cronograma de ejecución de obra y contralor de la misma. Estos últimos elementos son los que dan especial virtuosismo al mecanismo ejecutorio, ya que lo que acontece en los estrados judiciales muchas veces carece de efectivización

⁴⁶ *Cám de Apel. Cont. Admin. Trib. de la C.A.B.A., Id Infojus: FA01370357, (01/06/2001).*

fuera de ellos, y este tipo de solutorios estructurales viene a intentar aportar respuestas en ese sentido.

En cuanto a la concepción bidimensional del derecho a la educación, queda claro que a su incontestable dimensión de apropiación individual, se le aduna una órbita dimensional colectiva, ya que su proyección y relevancia exceden al plano de apropiación antedicho y se traducen en el deber indelegable del Estado de garantizar, a través de los instrumentos necesarios, el acceso irrestricto a su disfrute y libre ejercicio. Cuando una acción u omisión afectan o menoscaban tal prerrogativa de manera integral, se produce un impacto lesivo tanto en las partes, como en el todo, y es por ello que deviene necesaria la reparación en ambas dimensiones; en lo colectivo se hablará de un remedio estructural como el que se ha visto en el presente caso, mientras que en lo individual se procurará la reparación plena conforme haya de verse certificado el daño.

h. Derecho Comparado.

✚ Government of the Republic of South Africa Vs. Grootboom⁴⁷. Remedio estructural ante la afectación de derechos individuales homogéneos.

- **El caso:** un conjunto de habitantes de un asentamiento informal, cuyas condiciones de vivienda eran muy rudimentarias, situado en un terreno privado de la zona Oeste de Ciudad del Cabo, recibieron una orden de evicción en virtud del estado de ilegalidad en el que se hallaban residiendo.
- **Resolución:** luego de varios reclamos y apelaciones promovidos por el gobierno Sudafricano en virtud de la orden de desalojo impartida, el asunto llegó a entendimiento de la Corte Constitucional, quien haciendo propios los argumentos de la Sra. Irene Grootboom, principal demandada, ordenó la implementación, por parte de los gobiernos comprometidos en el caso, de:
a. adecuado refugio temporario o solución habitacional para todos los damnificados por la orden, especialmente los niños, hasta tanto pudieran hallar vivienda definitiva; **b.** nutrición, atención sanitaria y social, y refugio para todos los niños damnificados por la medida. Para así decidir, la Corte invocó derechos constitucionalmente reconocidos tales como el derecho a una vivienda adecuada y el derecho al refugio de los niños⁴⁸. El supremo tribunal asignó, además, la responsabilidad por haber fallado en la implementación de medidas progresivas que garantizaran la realización de tales derechos, tanto al gobierno central, como a los gobiernos locales (Lorenzetti, 2010), por lo que los conminó a la puesta en marcha de medidas concretas como las precitadas.

⁴⁷ Constitutional Court of South Africa, “Government of the Republic of South Africa & Others Vs. Irene Grootboom & Others”, Case CCT 11/00, (04/10/2000).

⁴⁸ Sección 26 y 28 de la Constitución de la República de Sudáfrica, (04/02/1997).

- **Análisis:** queda claro que, en el caso de marras, la afectación homogénea de un conjunto de derechos en su órbita individual se vio corroborada por el hecho del desalojo pero, al mismo tiempo, la dimensionalidad supraindividual de tales prerrogativas quedó comprometida de manera inescindible en virtud de la relevancia social de aquello que estaba en juego, por un lado, y el especial grado de desprotección al que fuera sometido el grupo damnificado por aquel estamento que está llamado a garantizar que eso no ocurra.

La respuesta que se impone, entonces, es la de prohiar un remedio de tipo estructural que permita resolver, de manera definitiva, las falencias y omisiones en la implementación de políticas públicas para garantizar la realización de derechos como los expuestos en el pleito. Lorenzetti (2010) en su obra, da cuenta de cómo la presente decisión terminó provocando un cambio paradigmático en lo concerniente a las políticas de vivienda en todo Sudáfrica, a punto tal que muchos municipios debieron modificar sus presupuestos a fin de implementar las medidas de ayuda y prestación social exigidas por el Fallo.

Esta experiencia marca, de manera palmaria, un justificativo más que importante en la búsqueda de soluciones colectivas que impliquen cambios de fondo en pos de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y alcanzar los objetivos de bienestar general y realización de las garantías constitucionales.

i. Bibliografía especial

- Carrió, G. R., (1995), “*Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*”, Ciudad Autónoma de Bs. As., Rep. Argentina. Ed. Abeledo – Perrot.
- Arias Cáu, E.J., Garzino, M.C., (2014), “*Una nueva polémica sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores: el daño punitivo y el “caso Proconsumer”*”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DC, C y E), LL año V, N° 3, Junio, pp.136-152.
- Picasso, S., (2007), “*Sobre los denominados daños punitivos*”, LL 2007-F-1154.
- Pizarro, D. R., (1993), “*Daños punitivos*”, Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas, Buenos Aires. Ed. La Rocca.
- Álvarez Larrondo, F., (2008), “*Una marca que genera confusión, un nuevo marco legal y una sanción que no es tal*”, LL del 25/3/2008 – 5.
- Trigo Represas, F. A., López Mesa, M., (2004), “*Tratado de la Responsabilidad Civil*”, Tomo I, (1ª ed.), Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, A., (1993), “*¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?*”, Anales de la Academia Nacional de Derecho, N° 31, pág. 71.
- Gil Domínguez, A., (2013), “*Vigencia del caso Halabi*”, LA LEY 24/10/2013, 24/10/2013, 3 - LA LEY2013-E, 589 - LA LEY24/10/2013, 3, AR/DOC/3809/2013.
- VERBIC, F., (2013), “*Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina. Relatorio Nacional (Argentina)*”, Civil Procedure Review, Vol.4, Special Edition, pp. 310-371.
- Maurino, G., Nino, E., Sigal, M., (2005), “*Las acciones colectivas*”, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. LexisNexis.
- Lorenzetti, R.L., (2004), “*Tratado de los Contratos. Parte General*”, C.A.B.A., Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, Ricardo L., (2010), “*Justicia colectiva*”, (1º Ed.), Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- González Saborido, J.B., (2015), “*La garantía constitucional de la movilidad de las jubilaciones y pensiones. Un contrapunto entre los poderes legislativo y ejecutivo con el poder judicial.*”, Id Infojus: DACF150780, Sistema Argentino de Información Jurídica

(INFOJUS), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, URL:

[Http://www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

Segunda Parte:

*Los derechos individuales homogéneos y su tutela
judicial efectiva en materia de daños.*

Capítulo V

La tutela procesal colectiva.

a. Introducción

En esta segunda etapa, el presente trabajo se centrará en las distintas aristas que implica el cambio de paradigma que ha de representar, dentro de la estructura tradicional del Derecho adjetivo Argentino, la irrupción de sistemas de tutela jurisdiccional supraindividuales o colectivos que vienen a proponer un escalón complementario al apotegma de la bilateralidad procesal. Pero, más precisamente, lo que aquí se intentará definir es cuál es la verdadera utilidad instrumental de esta tipología de procesos en torno a la tutela de prerrogativas de incidencia colectiva en general, e individuales homogéneas en particular, no porque se parta de una valoración prejuiciosa, tanto en positivo como en negativo, acerca de tales sistemas jurisdiccionales, vale ante ello citar a la eminente Aída Kemelmajer de Carlucci (2010) en cuanto sostiene que los procesos colectivos no son ni ángeles ni demonios, sino porque, en términos prácticos, es innegable la asociación técnica entre el arribo de éstos al sistema nacional y el reconocimiento de los derechos con proyección supraindividual de los que trata esta investigación.

La tarea aquí propuesta, entonces, será la de ir desmenuzando analíticamente los diferentes aspectos del tema, con un ojo siempre puesto tanto en la base de todo proceso adjetivo, es decir, sus diferentes elementos, como en su utilidad tutelar efectiva a la hora de dar respuestas estructurales a las emergencias conflictuales que se han recorrido ya en la primera parte del trabajo.

Lo antedicho se completa con la posibilidad de aportar una visión propositiva enfocada, prioritariamente, a ofrecer esquemas procedimentales idóneos para propiciar las bases de una tutela jurisdiccional efectiva en materia de daños a derechos de incidencia colectiva en todo su espectro, es decir, en las dos categorías que la CSJN ha

reconocido en “*Halabi*”¹. A fin de poder lograr estos objetivos, la indagación se explayará, además, en torno a parangonar el estado actual de estas herramientas adjetivas dentro del orden interno con lo que acontece en el marco de algunos ordenamientos foráneos.

Por último, la búsqueda abrirá paso, también, a encontrar un tipo de procedimiento abarcativo de las problemáticas emergentes que sea coherente con la consideración más amplia que la propuesta planteada por la hipótesis de trabajo pretende adunar, ya que allí se requerirá el valerse de lo último en tendencias y avances en la materia, a fin de aportar propuestas de soluciones integrales que brinden verdadera cobertura a la categoría jurídica prohijada en el presente trabajo de investigación aplicada, tal y como es la categoría conceptual de derechos bidimensionales.

Hecho el introito pertinente, corresponde ahora el comenzar a desentrañar los desafíos propuestos que, claramente, no deben interpretarse como una suerte de verdad revelada ni mucho menos, sino como un conjunto de elementos y resultados de investigación dispuestos para azuzar el debate y ser, por qué no, la base de futuras indagaciones en la materia.

¹ C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, Fallos 332:111 (24/02/2009).

b. Regulación y presupuestos en materia de tutela procesal de derechos de incidencia colectiva en general. El amparo colectivo.

El primer punto de reflexión sobre el tema se enrola en derredor de la figura de la acción de amparo colectivo, y ello responde, en gran medida, a que desde su reconocimiento constitucional en 1994, esta vía jurisdiccional ha sido la encargada de inaugurar los procesos supraindividuales en la Argentina². Es que, tal como ya se ha desarrollado *in extenso* en anteriores capítulos de esta obra, la incorporación de una nueva categoría de derechos, como es la de aquellos que poseen implicancias colectivas ya sea por la indivisibilidad de los bienes en juego, ya sea por la relevancia social que asumen, en el marco de la Carta Magna, mereció su correspondiente tutela instrumental en virtud de la insoslayable garantía de acceso a la justicia que, como bien ha puesto en palabras la CSJN, se define en la siguiente noción:

*...donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido... pues 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 garantías...*³

Tal principio que, como bien enseña Gordillo (2014), viene a ser una evolución de aquel postulado sentado por el Pretor Romano “...dame el hecho, yo te daré la acción...” (Gordillo, 2014, pp.97), importa la estricta relación que debe existir entre cualquier prerrogativa reconocida por el ordenamiento y su consiguiente protección

² Tomando como parámetro de apreciación a la primer década de vigencia de la constitución reformada (1994-2004), los Dres. Maurino, Nino y Sigal (2005) aportan un interesante dato estadístico al respecto: de las acciones colectivas, o de contenido dimensional colectivo, impetradas ante los tribunales nacionales, el 68% de las mismas se ha correspondido con la acción de amparo colectivo, mientras que otras, como la acción declarativa que ha alcanzado tan solo el 7% de los casos, o la cautelar autónoma, que se lleva solo el 4%, constituyen una proporción mucho menor en la casuística bajo análisis. Es de colegir, como lo hacen los autores referidos, que una vía excepcional y subsidiaria como el amparo, en estos casos, se ha venido a transformar, casi, en la única vía para el tratamiento procedimental de esta clase de conflictos, aun cuando, como bien plantea el trabajo desarrollado en la etapa antes mencionada, su efectividad, es decir, las posibilidades de admisibilidad de causas bajo esta metodología de defensa judicial, haya tenido una tasa de sólo el 46% de casos admitidos. (Véase al respecto el estudio completo llevado a cabo por Maurino, Nino y Sigal en “Las Acciones Colectivas”, 2005, Capítulo IV, “Estudio estadístico sobre los casos colectivos litigados en la Argentina”, pp.85-105).

³ C.S.J.N., “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, Id Infojus: FA57000001, (27/12/1957); C.S.J.N., “KOT, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares (5-958)”, Id Infojus: FA58003244, (05/09/1958).

efectiva ya que, de no ser así, “...la fuerza normativa de la Constitución y la construcción de la práctica constitucional, son una mera ilusión pasajera y no el eje central del Estado constitucional de derecho...” (Gil Domínguez, 2011). Este valor – regla que la Corte Suprema ha venido a entronizar de manera pretoriana, a través del reconocimiento de la plena operatividad instrumental de la letra constitucional al respecto, debe ser interpretado, desde la óptica de Maurino y Sigal (2009), como el afianzamiento de los criterios que dieran inspiración a la reforma de 1994, ya que si de ello sólo se tuviera en cuenta el reconocimiento agencial de derechos de incidencia colectiva, sin su correspondiente llave de acceso a la justicia, se estaría prohiendo el camino ilusorio antedicho.

En pocas palabras, la vía jurisdiccional del amparo *amplificado* al ámbito de los derechos de incidencia colectiva en general (Hidalgo, 2011), se extiende, a partir de su reconocimiento y su operatividad como un tipo de procedimiento excepcional, de simple sustanciación, urgente, y eficiente en cuanto a procurar la defensa inmediata de un derecho conculcado o amenazado (Perman, 2013),

...a aquellos supuestos en los que no existe solo un conflicto meramente individual sino que – enfocada la cuestión desde el agravio a los derechos– se hace patente la dimensión o repercusión social de la afectación, su incidencia colectiva, y la dimensión social, colectiva de un interés general comprometido... (Carrillo, 2011, pp.4).

Ahora bien, a fin de comprender cuál será la génesis que da vigor a esta figura del amparo colectivo, previo a adentrarse en sus presupuestos procesales propiamente dichos, será necesario delimitar cuatro nociones básicas que Lorenzetti (2010) define de la siguiente manera: **1. La fuente constitucional.** El amparo colectivo como herramienta de acceso a la justicia se encuentra reconocido, taxativamente, en el art. 43, 2^{do} párr. de la Carta Magna⁴, pero su inteligencia se funda en el denominado *bloque de constitucionalidad*⁵ que consagra a cada una de las reglas que conforman su articulado, más los tratados que en las condiciones de su vigencia completan su contenido, como

⁴ “**Artículo 43.**-...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...” , Const. Nac. Arg.

⁵ Arts. 28, 31 y 75, inc. 22, Const. Nac. Arg.

parte integrante de un sistema jurídico que se encumbra en su jerarquía superior respecto al resto del ordenamiento, componiendo las necesarias porciones de un todo que ubica a la norma fundamental como máximo peldaño de reconocimiento del Estado de Derecho; **2. La noción de operatividad.** La figura del amparo colectivo, como expresión de garantía jurisdiccional, debe colegirse en el marco de su autoejecutoriedad, es decir, en el sentido de entenderse habilitado su uso y goce sólo por el hecho de estar reconocida dentro del plexo constitucional, no pudiendo objetarse tal ejercicio

...so pretexto de que la acción colectiva prefigurada en la referida cláusula constitucional no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva. Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Ha expresado el Tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente...⁶

3. El sujeto destinatario de la garantía. El amparo colectivo, como especie de garantía jurisdiccional transindividual, tiene como destinatario a los ciudadanos en su plenitud de ejercicio de derechos mientras que, por otra parte, obliga a los Estados a arbitrar todo medio necesario como para cumplir con tal deber de garantía, cuyo contenido será el de asegurar que toda persona tenga “...derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley...”⁷ y de concurrir

...a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente...⁸

En clave colectiva o supraindividual, el deber de garante del Estado será el mismo, toda vez que cualquier limitación de acceso a un recurso jurisdiccional efectivo

⁶ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.15.

⁷ Art. 8, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Asamblea General de la O.N.U., Resol. 217 A (III), (10/12/1948); Art. 75, inc.22, Const. Nac. Arg.

⁸ Artículo XVIII, “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, O.E.A., 9º Conferencia Internacional Americana, Bogotá, República de Colombia, (02/05/1948); Art. 75, inc.22, Const. Nac. Arg.

implicará un liso y llano desconocimiento de tales prerrogativas; **4. La creación pretoriana de garantías constitucionales.** Esta noción, que ha permitido verdaderos hitos en la historia institucional de la Corte Suprema de Justicia Nacional⁹, suma dentro de su inveterada doctrina a los presupuestos respecto del amparo colectivo, ya que ha sido el cimero tribunal nacional quien ha sentado sus principios rectores ante la ausencia de leyes que lo reglamentaran, basado en la necesidad de hallar un remedio legal para todo derecho conculcado.

Estos pilares interpretativos antedichos son los que le dan forma, y contenido conceptual, a aquel instrumento que propiciará la efectiva garantía de acceso jurisdiccional relativa a los derechos de incidencia colectiva en general reconocidos por la Carta Magna, a fin de que éstos no se vean restringidos en su pleno ejercicio por parte de la comunidad toda como sujeto beneficiario de tales prerrogativas, o de un grupo determinado o determinable en cuanto al bien concretamente conculcado o amenazado. El qué, el cómo y el quién de la operatividad de la tutela judicial es lo que conforma el núcleo de desarrollo de los presupuestos del amparo colectivo propiamente dicho, y lo que hace, sin lugar a dudas, a definir a esta clase de recurso como el más “...efectivo, rápido y sencillo para los conflictos colectivos o supraindividuales...” (Lorenzetti, 2010, pp.81).

A continuación, se intentará describir en detalle a sus extremos instrumentales a fin de exponerlos de manera didáctica, partiendo desde un enfoque muy preciso que plantea, como bien lo apuntan los Dres. Maurino, Nino y Sigal en su obra, que “...la controversia judicial se articula y construye a partir de las pretensiones...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.200), infiriendo, de allí, que una buena forma de conocer el tipo de remedio jurisdiccional que aquí se estudia, es a través de la comprensión acabada de los elementos, o presupuestos, que conforman su contenido.

⁹ Como la interpretación vertida en “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus” (27/12/1957) que abrió la puerta a la plena operatividad de la acción de amparo individual en la Argentina, o lo expresado en “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho” (07/07/1992) que puso en plano jurisprudencial a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales y, por ende, como de plena operatividad dentro del ordenamiento jurídico a las garantías (el Derecho de réplica, en el caso) por ellos establecidas, por citar algunos ejemplos de la alta inteligencia que la Corte Suprema ha venido realizando al respecto.

Previo a profundizar acerca de los caracteres que definen el tipo de pretensiones que se evacúan mediante la herramienta de marras, corresponde hacer referencia al marco regulatorio del amparo colectivo que, como ya se mencionara, se limita¹⁰, en el ámbito federal, a lo consagrado en el Art. 43, 2^{do} párr. del plexo constitucional, que establece:

...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...

Lo antedicho no implica desconocer el marco regulatorio adjetivo dispuesto para el instituto del amparo individual¹¹, cuyas fórmulas procedimentales, o algunas de ellas, pueden interpretarse análogas a la figura colectiva, o del tipo denominado *amparo especie* (Lorenzetti, 2010, pp.94) regulado por la legislación medioambiental¹², así como de otros instrumentos normativos que puedan contemplar a esta figura¹³, sino el poner de manifiesto que, en lo atinente al remedio colectivo propiamente dicho, su marco de reconocimiento taxativo se encuentra en los términos antes vertidos por la Carta Magna, adoleciendo la misma, hasta la fecha, de un marco regulatorio especial a nivel nacional.

¹⁰ Esta limitación en el ámbito federal (ya que en la órbita del Derecho público provincial se encuentran numerosos ejemplos de marco regulatorio específico, Vgr.: Art. 27, Ley N° 2145 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (09/11/2006); Ley N° 2779 de la Provincia de Río Negro (23/05/1994); Ley N° 1352 de la Provincia de La Pampa (14/11/1991); Ley N° 5034 de la Provincia de Catamarca (24/08/2001); y el Artículo 71 de la Ley de política ambiental de la Provincia de Córdoba N° 10208 (27/06/2014) que regula lo concerniente al amparo ambiental, entre otras legislaciones específicas que se han sancionado a lo largo y a lo ancho del país. Además, es bueno agregar que algunas de las constituciones provinciales, la de la provincia de Córdoba muestra un claro ejemplo de ello en su art.53, otorgan reconocimiento al amparo colectivo) ha sido advertida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar In Re “Halabi” que la ausencia de una Ley reglamentaria al respecto “...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...”.

¹¹ Decreto-Ley N° 16.986, “Ley de Acción de Amparo”, (20/10/1966); Art. 321, inc. 2° Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación.

¹² Art. 30 de la Ley N° 25.675, “Ley General del Ambiente”, (28/11/2002).

¹³ Ley N° 23.592, “Penalización de actos discriminatorios”, (05/09/1988); Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993); Ley N° 23.551, “De Asociaciones Sindicales”, (23/05/1988); o la Ley N° 25.156, “De Defensa de la competencia”, (20/09/1999), entre otras.

Volviendo a la letra constitucional, de su propia lectura emerge, como primer elemento de admisibilidad para el tipo de acción bajo estudio, la exigencia de presencia de un *caso*, algo que la Corte Suprema explicita de la siguiente manera, “...la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible...ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición...”¹⁴. Lorenzetti (2010) subrayará este extremo al plantear que el requisito de la controversia es inescindible tanto en el marco de este tipo de acciones¹⁵, como en cualquier otro instrumento de derecho adjetivo, más allá que la misma pueda referirse a una afectación actual, o a la amenaza sobre un bien jurídicamente apreciado, teniendo en cuenta, además, que en el caso del amparo colectivo propiamente dicho, el caso se verá compuesto por cualquier acto u omisión cuya ilegalidad o arbitrariedad aparezca de manera manifiesta, capaz de producir la lesión, alteración, restricción, amenaza, así como por cualquier forma de discriminación sobre un bien colectivo, o sobre bienes que si bien no poseen la propiedad de ser colectivos (se trata de bienes jurídicos enteramente divisibles), resultan afectados por el hecho de manera homogénea, sufriendo afectaciones comunes a todos ellos, algo que propicia la necesidad de sustanciar ese factor común en una sola controversia a fin de dar respuesta jurisdiccional a la causa homogénea comprometida.

Es bueno agregar, además, que esta causa o controversia que viene a conformar el núcleo de lo predicho, se compone, en términos procesales y yendo, de manera más específica, a los términos de la pretensión, de dos extremos: “...los hechos invocados y el encuadre jurídico o causa petendi...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.204). Ello adquiere especial relevancia ya que, de la citada *causa petendi* se desprende tanto la identidad del caso, así como cuál será el asunto jurídico sometido a decisión (Maurino, et. al., 2005). En el caso del amparo colectivo, entonces, será determinante para su admisibilidad que la causa o controversia sea de naturaleza colectiva no sólo en cuanto a

¹⁴ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.9.

¹⁵ El citado autor establece, en este punto, una interesante diferencia entre las acciones colectivas, considerando al amparo como una de ellas, y las denominadas acciones populares, en las cuales no ha de precisarse la existencia de un caso o controversia, sino que al actor sólo le bastará el invocar su carácter de ciudadano como para asumir ante el tribunal la defensa de la legalidad de los actos en abstracto (Lorenzetti, 2010, pp.90). El tema, como ya se verá oportunamente, se halla lejos de estar cerrado a debate ya que, en la Argentina, algunas voces prohíjan la idea de ampliar los horizontes del amparo clásico hacia un tipo de recurso que comprenda a las acciones populares.

los hechos, sino que, además, deberá corroborarse que “...*el encuadramiento jurídico referido en la pretensión... [Incluya, haga referencia o se funde]...en derechos de incidencia colectiva...*” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp205).¹⁶

Queda claro, entonces, que desde la incorporación de los derechos de incidencia colectiva al plexo constitucional en 1994, junto con el reconocimiento de la consecuente herramienta procesal a tal efecto, el requisito de la existencia de un “*caso*” como elemento habilitante de la tutela jurisdiccional (Verbic, 2014) ha vivido una suerte de cambio de paradigma que, como bien señalan Maurino, Nino y Sigal vino a abrir las puertas “...*a las causas o controversias colectivas como vehículo de protección de los nuevos derechos reconocidos...*” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.210), proporcionando un marco de amplificación en lo tocante a la “*cuestión justiciable*”, que continúa siendo el cartabón insalvable para acceder al órgano jurisdiccional¹⁷.

En la continuidad del análisis de los elementos que identifican al amparo colectivo desde el enfoque que aquí se sigue, corresponde ahora adentrarse en el objeto de la pretensión, es decir, en el tipo de remedio que se persigue ante la afectación que da origen al litigio (Maurino, et. al., 2005). En esta categoría procesal también se impone la dimensión colectiva como presupuesto, y ello se colige de la intrínseca relación existente entre la clase de bienes afectados, la incidencia o proyección transindividual, o pluriindividual, de la afectación, y la necesidad, ergo, de proporcionar una respuesta solutoria cuyos alcances posean la misma proyección que los hechos invocados (Maurino, et. al., 2005). Respuesta o remedio, claro está, que quedará delimitado por el tipo de recurso impetrado; es bueno volver a reiterar, en tal sentido, que el amparo es una acción de naturaleza efectiva, rápida y sencilla (Lorenzetti, 2010) y que, por ende, no admite a priori la sustanciación de un marco procesal de mayor debate y prueba,

¹⁶ *Esto último asume especial preponderancia en el sistema procesal Argentino, a diferencia de otros sistemas que admiten acciones colectivas sin exigir un encuadre basado en derechos de incidencia colectiva como una categoría jurídica específica (Maurino, Nino y Sigal, 2005), ya que aquí este tema ha signado el rechazo, por parte de los tribunales nacionales, de acciones de amparo que no llenaban tal requisito, Vgr.: el argumento sostenido por la Corte In Re “C.S.J.N., “Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. –dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 330:2800, (2007)”.*

¹⁷ *Maurino, Nino y Sigal (2005) advierten en su obra “Las acciones colectivas” que este cambio paradigmático en cuanto a la ampliación en la “Causa Petendi” no se dio de forma inmediata sino que, gradualmente, los tribunales nacionales fueron pasando de una postura restrictiva respecto a la invocación de derechos de incidencia colectiva, hasta una visión comprensiva de este tipo de casos. (Ver al respecto: Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.210-212).*

salvo lo estrictamente necesario como para ventilar los extremos controvertidos, dentro de la premura que el propio procedimiento debe garantizar.

En lo tocante al remedio que habrá de perseguirse, como respuesta objetiva a esa *causa petendi* antes mencionada, la dimensionalidad colectiva aparece como un rasgo característico en tanto y en cuanto existirá, por una parte, la imposibilidad de procurar la fragmentación de la recomposición o remedio de la afectación padecida en virtud de la propia naturaleza no distribucional e indivisible de los bienes sobre los que ha recaído el hecho que causa la controversia¹⁸ (Lorenzetti, 2010), o la imposibilidad técnica, por otra parte, de pretender una recomposición diferenciada en tantos casos como afectados haya cuando esa afectación se ha proyectado de manera homogénea sobre todos ellos a causa de un mismo hecho, sobre todo porque, en tales circunstancias, constituye un presupuesto de admisibilidad insoslayable que el objeto de la pretensión se halle enfocado “...en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho...” (Lorenzetti, 2010, pp.119) y no en los efectos que individualmente se hayan de soportar. Lo mismo se podrá advertir respecto de la tutela preventiva perseguida a través de este tipo de acciones ya que, o bien el beneficio de la evitación de un daño inminente sobre un bien colectivo atañe a la comunidad en su conjunto, o bien el desmantelamiento de esa amenaza razonable propaga sus virtuosos efectos precautorios sobre un grupo determinado, o determinable, de personas titulares de derechos subjetivos idénticamente intimidados. Ello implica, entonces, que la dimensionalidad colectiva en el objeto de la pretensión estará signada o por la necesaria búsqueda de solución estructural, dada la imposibilidad de fragmentación del bien afectado, o por la necesidad técnico-jurídica de dar respuesta homogénea a un núcleo común afectado.

En términos concretos, y observando la cuestión desde la mirada de la respuesta jurisdiccional esperada o posible para estos casos, se puede concluir que, necesariamente, el objeto del amparo será lograr, de manera rápida y efectiva, la protección de prerrogativas en toda su extensión, o sea, abarcando su proyección

¹⁸ Piénsese, por ejemplo, en un amparo cuyos hechos invocados fueran algún tipo de afectación al ambiente como bien colectivo insusceptible de apropiación individual, y la *causa petendi* estuviera cimentada dentro de los extremos reconocidos por el art. 41 y la Ley General del Ambiente N° 25.675. En tales casos, el remedio sería necesariamente colectivo, ya que resultaría imposible la reparación del bien afectado sin que los beneficios obtenidos por tal solución se proyecten al conjunto de la comunidad como acreedor de los mismos.

transindividual o pluriindividual tanto en los extremos prácticos del remedio proporcionado, como en los efectos “*erga omnes*” que se desprenden de las sentencias colectivas (Lorenzetti, 2010). De allí dimana esta lógica de protección ampliada que no es otra cosa que la reafirmación de la garantía de tutela jurisdiccional efectiva en clave supraindividual y estructural, ya que si ante la necesidad de recomposición de una afectación que incide colectivamente en una comunidad determinada, o en la comunidad *in totum* teniendo en cuenta la naturaleza colectiva del bien conculcado, sólo se admitieran pretensiones circunscriptas al plano individual, tal como ha brindado, tradicionalmente, el clásico modelo bilateral adjetivo (Lorenzetti, 2010), desconociendo las evidentes implicancias que los propios elementos objetivos de la pretensión (causa y objeto) en tales casos, permiten colegir, se estaría otorgando una respuesta jurisdiccional insuficiente a los fines de poder superar el conflicto sociológico de fondo¹⁹ (Maurino, Nino y Sigal, 2005) y, lo que es aún más grave, se estaría propiciando, como de hecho ha ocurrido en muchos casos, la reiteración casi infinita de procesos sobre una misma causa, sin solución de continuidad al respecto²⁰.

Por último, pero no menos relevante para el análisis, corresponde adentrarse en el *quién* de este tipo de procesos, es decir, en lo tocante al sujeto legitimado como titular de la pretensión. Y la primera disquisición que conviene hacer respecto a este tema se

¹⁹ Al respecto, resulta muy ilustrativo el ejemplo que brindan Maurino, Nino y Sigal en su obra respecto del caso “Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala V, C.A.B.A., “*Labatón, Ester c/Poder Judicial de la Nación*”, (25/09/1996), L.L. Supl. De Derecho Administrativo, (27/11/1998)” en el cual, si en lugar de la decisión estructural tomada, la misma hubiera ordenado la asistencia física a la Dra. Labatón para que pueda acceder al edificio en cuestión cada vez que lo requiriera, o la entrega de una suma de dinero para que pueda contratar tal asistencia como forma de remedio individual, se estaría tutelando la esfera individual de la actora en tal proceso, pero no se estaría dando solución al problema que da motivo al conflicto jurídico de marras (en tal caso, la barrera arquitectónica que produce el efecto discriminador en cuanto al acceso a los edificios públicos). (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.204).

²⁰ Un claro ejemplo de tal situación lo constituye el reclamo de reajuste de haberes jubilatorios a la luz de lo resuelto por el Címero Tribunal Nacional en Autos “C.S.J.N., “*Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios*”, Id *Infojus*: FA07000202, (26/11/2007)” en relación a que, bajo idénticas condiciones fácticas y normativas provocadas por la misma causa, se halla comprometido un grupo relevante de personas, y no sólo el accionante que, eventualmente, concurre a intentar hacer valer tal derecho (como es el caso del Sr. Badaro), sin embargo la no admisibilidad de remedio colectivo en tales supuestos prohija una proyección indefinida de litigios individuales. Una alternativa a ello “...debería tener en cuenta las siguientes precisiones: a. ante la duda, debería adoptarse la interpretación más protectoria para los afectados, y esta consiste en proveer su tutela colectiva; b. el estándar de apreciación sobre la efectividad de la defensa individual debe analizarse en términos estructurales y generales, considerando la situación promedio respecto a la comunidad incidida...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.196-197).

basa en delimitar, de manera clara, la importante caracterización existente entre los conceptos de legitimación causal y legitimación procesal, ya que en la relación entre estos elementos descansa el complejo andamiaje respecto al sujeto en los procesos colectivos en general, y en el amparo como especie de ellos, sobre todo si se tienen en cuenta las particularidades que encierran las diferentes clases de sujetos, como se verá oportunamente, que se encuentran en condiciones de incoar tales acciones.

En este sentido, resulta de inevitable cita lo expuesto por Lorenzetti (2010), quien plantea que, en el caso de la *legitimatío ad causam*, la relación sustantiva entre el sujeto accionante y el derecho invocado podrá ser directa, difusa o funcional según el caso, mientras en el caso de la *legitimatío ad processum* que importa, a la vez de la capacidad para estar en juicio, el presupuesto adjetivo de la constitución válida del proceso, la relación jurídica adjetiva se cimentará ya sea en la relación directa sustancial del sujeto con el derecho conculcado, ya sea por resultar éste un sujeto representante de un grupo afectado de manera homogénea, o ya sea mediante la legitimación de tipo extraordinaria otorgada por el ordenamiento jurídico en virtud del interés general que se procura proteger (Lorenzetti, 2010).

La Carta Fundamental, en su art. 43, 2^{do} párr., establece como sujetos legitimados para impetrar la vía del amparo colectivo al “...afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...” proveyendo una tipología extraordinaria de legitimación ya que, conforme al esquema tradicional de sujetos dentro del proceso que ordenó al litigio singular, este nuevo escenario subjetivo viene a desbordarlo, redefinirlo y rediseñarlo (Lorenzetti, 2010).

El primer sujeto enunciado por la norma constitucional será el afectado, algo que ya desde los primigenios debates en el marco de la reforma despertó no pocas controversias²¹, pero que, tratando de dar por superados tales contrapuntos sobre el tema, y siguiendo a la doctrina mayoritaria al respecto, se lo podrá definir como aquel

²¹ Respecto a ello, vale lo retratado por Maurino, Nino y Sigal (2005) en su completo, y muy recomendable, análisis sobre la reforma constitucional de 1994, en donde reflejan los controvertidos e intensos debates que rodearon a la figura del afectado como sujeto legitimado en el amparo colectivo. Tan polémica se tornó la inclusión de tal figura que la redacción original de la cláusula, conforme al dictamen en comisión redactora, no incluía de manera expresa al afectado, por colegirse incorporado en el reconocimiento genérico que el Art. 43 de la Carta Magna otorgaba a toda persona, en su primer párrafo. (Ver al respecto “Las acciones colectivas”, Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.75-77).

sujeto que, en virtud del bien jurídico conculcado o amenazado, posee una *cotitularidad*, o *coparticipación* respecto del mismo, y un perjuicio no exclusivo, pero sí diferenciado²² (Lorenzetti, 2010). El segundo de los sujetos legitimados por la fórmula constitucional será el Defensor del Pueblo que, con arreglo a su reconocimiento constitucional expreso²³, gozará de una legitimación anómala en el sentido que el mismo no se encumbra ni en un representante que ejerce acciones en nombre ajeno, ni en un titular de un derecho propio, sino en un defensor del bien jurídico conculcado o amenazado per se, es decir, del derecho o garantía desconocido en los hechos (Lorenzetti, 2010). Cabe agregar que esta función de defensa de los derechos y garantías que ejerce el Defensor del Pueblo, podrá ser supletoria en caso de acciones de amparo colectivo basadas en derechos individuales homogéneos, ya que ante la participación, o incorporación al proceso de alguno, o varios, de los integrantes del grupo afectado, pesará sobre él el deber de dar por concluida su intervención, conforme a la Ley que reglamenta su ejercicio²⁴.

El último de los sujetos legitimados se corresponde con el de las asociaciones, concepto técnico-jurídico que se toma de lo establecido por el Código Civil²⁵, y que se halla circunscripto al cumplimiento de tres requisitos insoslayables: “...a) *los objetivos o fines de la asociación*, b) *la registración*, y c) *la organización (forma y requisitos)*...”

²² Esto obedece a que, de tratarse de un daño exclusivo, no podría hablarse de objeto colectivo, y de no existir un móvil diferenciado del mero interés en el cumplimiento de la Ley, no podría corroborarse la existencia de causa o controversia, requisito indispensable para la admisibilidad de cuestión justiciable en el sistema Argentino (Lorenzetti, 2010).

²³ “Artículo 86.- El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.”, Const. Nac. Arg.

²⁴ Art. 21, inc. b), 3^{er} párr.: “...si iniciada la actuación se interpusiese por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el defensor del pueblo debe suspender su intervención...”, Ley N° 24.284, “Defensoría del Pueblo”, (06/12/1993).

²⁵ Título II – Persona Jurídica; Capítulos 2° y 3°; arts. 141 al 224, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

(Lorenzetti, 2010, pp.153) que deben aportar a garantizar tanto la coherencia entre los fines de la asociación y el objeto de la pretensión colectiva, como la posibilidad de ejercicio de contralor sobre la capacidad, seriedad, idoneidad y representatividad que tales organizaciones deben poseer, así como también lo correspondiente a los requerimientos organizacionales mínimos para garantizar su legitimación adjetiva²⁶ (Lorenzetti, 2010). El fundamento que define a este tipo de legitimación respecto a los derechos sobre bienes colectivos indivisibles, se centra en la idea de relacionar los objetivos o fines de la organización con la noción de “*apropiación*” de los bienes jurídicos colectivos, algo que no implica la titularización en sentido lato del bien (los bienes colectivos son insusceptibles de apropiación), sino que importa que las asociaciones, a través de su objeto, velen por la promoción del uso sustentable y eficiente de estos bienes, contando, a su vez, con la potestad de exigir la corrección de las externalidades negativas que su afectación pueda originar (Lorenzetti, 2010) ya que, como bien plantea el autor de marras “...*cuando hay bienes demasiado generales, sobre los que nadie tiene un interés específico, nadie se ocupa de ellos...*” (Lorenzetti, 2010, pp.38).²⁷

²⁶ *En este sentido, y en función de dar cumplimiento específico a la normativa constitucional en cuanto a que ésta remite a una ley de presupuestos en materia de asociaciones, es que el nuevo Código civil y Comercial de la nación, recientemente entrado en vigencia, regula lo concerniente a los lineamientos y requisitos exigidos a las mismas en los arts. 168 al 186 inclusive, mientras que los requisitos de las simples asociaciones se consagra en los arts. 187 a 192, quedando establecido lo correspondiente a las fundaciones en los arts. 193 al 224 inclusive.*

²⁷ *Esta es la razón por la cual, en respetuosa discrepancia con la doctrina mayoritaria (Lorenzetti, 2010; Rivera, 2007; Maurino, Nino y Sigal, 2005) aquí se sostiene la postura de ampliar los horizontes de legitimación procesal tanto a los entes institucionales contemplados por la cláusula constitucional, como por aquellos que, en virtud de su naturaleza estatutaria o legal (tal sería el caso, por ejemplo, de las asociaciones sindicales en virtud de la Ley N° 23.551, “De Asociaciones Sindicales”, (14/04/1988), o de los colegios profesionales entre otras instituciones) poseen capacidad de defensa de los bienes colectivos de los que se “*apropian*” en el sentido explicitado, o capacidad de representación procesal colectiva de sus afiliados en lo tocante al factor común de afectación en el caso de los derechos individuales homogéneos, algo cuya naturaleza jurídica deberá buscarse en torno a las reglas del mandato o de la gestión de negocios, como bien aportan Maurino, Nino y Sigal (2005) en su obra. Se promueve desde aquí, además, la posibilidad de ampliar el marco de legitimación procesal, sólo en el caso de los bienes colectivos, claro está, a las personas jurídicas Estatales como representantes de los intereses generales y administrador de los bienes públicos, en consonancia con el precedente “Municipalidad de Tandil” y los argumentos ya desarrollados en otro capítulo del presente trabajo (Ver Capítulo III, Acápites d., pp. 176-197). Se coincide sustancialmente con la opinión del Dr. Lorenzetti en cuanto a que la legitimación procesal por parte del Estado no puede ser ejercida ante la afectación de derechos individuales homogéneos, ya que “...si se permitiera que el Estado representara a sus habitantes, no sólo se entraría en la contradicción flagrante de habilitar al posible demandado a actuar en defensa de sus demandantes, sino que se pondría en riesgo el ámbito de tutela individual que se quiere proteger...” (Lorenzetti, 2010, pp.157-158), vale la pena recordar que la CSJN ha sostenido idénticos argumentos en sendos precedentes (In Re “C.S.J.N., “Río Negro, Provincia de c/ Estado Nacional s/Amparo”, Id Infojus: FA02000365,*

Respecto de los derechos de incidencia colectiva referentes a bienes divisibles (derechos individuales homogéneos) los sujetos habilitados se dividirán entre *legitimados institucionales y estatutarios o legales* (Maurino, Nino y Sigal, 2005), tomando a los primeros como aquellos a los que inviste la propia cláusula constitucional, en virtud de ser asociaciones específicamente formadas para la defensa de derechos de incidencia colectiva en general, mientras que, en el caso de la legitimación de naturaleza estatutaria o legal, su admisibilidad se circunscribe al vínculo de representación²⁸ que éstas mantienen con los grupos homogéneamente afectados.

En conclusión, si se quisiera diagramar un esquema en torno a la legitimación, tomando como parámetro de clasificación la relación necesaria entre la faz estructural (*legitimatío ad causam*) y la dimensión instrumental (*legitimatío ad processum*) de un derecho (Gil Domínguez, 2011), poniendo en la cúspide del cuadro a la sintonía directa entre titularidad y ejercicio del mismo, tal y como es la prerrogativa que le cabe al afectado en la esfera individual, el mismo quedaría compuesto de la siguiente manera: **a. el afectado**, que sostiene una relación directa de cotitularidad o coparticipación sobre un derecho, y basa su capacidad procesal en la acreditación de ser copartícipe en el interés sobre un bien colectivo afectado, o de ser cotitular de una cuota parte del agravio total (Lorenzetti, 2010); **b. el Defensor del pueblo**, cuya relación sustancial se funda en la de ser quien protege y defiende en nombre de la comunidad *Pueblo* las prerrogativas con implicancia colectiva en general, ostentando, en lo adjetivo, una legitimación anómala basada en la defensa y protección de los intereses generales o de un grupo determinado o determinable de personas (Lorenzetti, 2010); **c. Legitimados institucionales** (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.291), en estos casos, las asociaciones reconocidas por el plexo constitucional no poseen una relación directa con el derecho colectivo conculcado, sino indirecta en función de la “apropiación” que realizan de estos bienes a través de los fines perseguidos por su objeto constitutivo, cuya relación directa sólo descansa sobre la comunidad íntegra. En cuanto a su legitimación adjetiva,

(26/08/2002); “C.S.J.N., “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ amparo”, Id Infojus: FA09000088, (30/12/2009)”).

²⁸ *Representación que, según sea la naturaleza jurídica de la modalidad fijada legal o estatutariamente, podrá estar delimitada en extremos análogos con la figura del mandato (arts. 1319 y ccdtes del Cód. civil y Comercial de la Nación) o de la Gestión de Negocios (arts. 1781 y ccdtes del Cód. civil y Comercial de la Nación).*

la misma será ejercida en su carácter representativo, o bien del interés general, o bien en el interés de un grupo determinado o determinable de sujetos diferenciados; **d.** *Legitimados estatutarios o legales*, aquí se encuentran comprendidas todas aquellas asociaciones y fundaciones en sentido amplio que, en virtud de una disposición legal o estatutaria ostentan el poder de representar a grupos de personas vinculadas por algún rasgo particular a la organización, sólo poseen una relación de representación del grupo en lo adjetivo, ya que no tienen relación sustantiva alguna con el derecho conculcado (Maurino, Nino y Sigal, 2005); **e.** *La persona jurídica Estatal*, en el caso de estos entes, la legitimidad causal estará circunscripta sólo a los derechos sobre bienes colectivos propiamente dichos, y en virtud de su carácter de administrador de los bienes públicos, algo que le permite “apropiarse” en sentido indirecto de ellos, mientras que, en la faz instrumental, su legitimidad se funda en su carácter de representante del interés general que despiertan estos bienes. En ningún caso de afectaciones diferenciadas (tal es el caso de los derechos individuales homogéneos) podrían los entes estatales ejercer tal representación procesal, ya que ello pondría en vilo a la órbita de tutela procesal individual que se pretende proteger (Lorenzetti, 2010).

Como colofón del presente acápite, deviene necesario hacer alguna apreciación en torno a la relación existente entre la figura procesal aquí estudiada y la propuesta central de la investigación, es decir, la consideración de una categoría específica de derechos de incidencia colectiva, tal y como es la de prerrogativas que se caracterizan por su bidimensionalidad²⁹. Su contenido, o núcleo de reconocimiento constitucional, se debe

²⁹ Se sigue aquí la clasificación al respecto aportada por Gordillo quien, además de los derechos de incidencia colectiva expresamente reconocidos por la norma constitucional, agrega a “...a) el derecho a participar en los partidos políticos, el de estos a actuar (art. 38) y las formas de participación que consagran los tratados y el art. 42; b) el derecho subjetivo a la resistencia contra las violaciones al sistema democrático (art. 36), c) el derecho de incidencia colectiva a que no haya corrupción en la función pública (art. 36, cuarto párrafo en su remisión al tercero y anteriores); d) se reconoce —aunque se remite a la ley— el derecho de iniciativa (art. 39) y consulta popular (art.40); e) el derecho subjetivo y de incidencia colectiva a la salud y a un medio ambiente sano (art. 41 y 43); f) derecho a la protección de los intereses económicos de los usuarios (art. 42); g) a la libertad de elección (art. 42) o sea, que no haya monopolios sino los “naturales” o “legales;” en consecuencia, el derecho “a la defensa de la competencia” (idem, segundo párrafo y 43 segundo párrafo), o sea, a tener por principio, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios; h) al control de los monopolios naturales y legales (art. 42, segundo párrafo); i) a la participación, que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (art. 42, tercer párrafo) y se complementa con la garantía de audiencia pública, que a su vez articula el derecho a la defensa previa del art. 18 con el derecho de incidencia colectiva del art. 42; j) y en general a la tutela del usuario y consumidor (arts. 42 y 43, segundo párrafo); k) El derecho a la información...” (Gordillo, 2014, pp.105-106), sumado a los derechos no enumerados reconocidos por el art. 33, CN, los tratados internacionales con igual jerarquía que la Constitución Nacional, Art. 75, inc.22, y módulos de reconocimiento como el de preexistencia

advertir, como ya se ha dicho, en el ámbito de “...los derechos de incidencia colectiva en general...”³⁰, y en virtud de ello, garantizada su admisibilidad jurisdiccional por la herramienta adjetiva del amparo colectivo.

En el caso del conflicto jurídico bidimensional, entonces, el amparo ante el desconocimiento, alteración, restricción, amenaza, o cualquier forma de discriminación se traduce en una solución adjetiva excepcional que compartirá sus notas tipificantes con las demás figuras comprendidas por este tipo de proceso; *Vgr.*: ante la comprobación del hecho (afectación de un bien jurídico en su faceta individual y colectiva), la *causa petendi* estará encuadrada en la proyección bidimensional de la prerrogativa conculcada, y su objeto, en el sentido del remedio perseguido en tal acción, será la reparación individual, más la consecuente solución estructural en el marco de la dimensión colectiva afectada, o la proyección de la cosa juzgada hacia todos y cada uno de los supuestos que puedan corroborarse en idénticas condiciones³¹.

En lo tocante a la legitimación, tanto causal como procesal, vale decir que, a pesar de su naturaleza bifronte (Pérez Peicij, 2015), o justamente por ello, la relación entre una prerrogativa de esta categoría y un sujeto determinado no deja de ser directa y subjetiva, es decir, contemplativa de que la dimensión colectiva no es otra cosa que un parámetro extensivo de un derecho individual ya reconocido (Maurino et al., 2005) por

étnica y cultural de los pueblos originarios del Art. 75, inc.17, y la garantía de acceso a la protección estatal de grupos tradicionalmente postergados del Art. 75 inc.23 CN.

³⁰ Art. 43, 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

³¹ *Un buen ejemplo de casos de este tipo, dentro del ámbito de la figura del amparo colectivo, es el estudiado In Re “Asociación Benghalensis”, en donde la causa o controversia se generó ante la omisión, por parte del Estado nacional, en dar cumplimiento efectivo a los programas de tratamiento sobre las personas afectadas por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (VIH/SIDA) conforme a la Ley reglamentaria en la materia N° 23.798, el encuadre jurídico bidimensional ante tal afectación se completa, en la faz individual, con la lesión al Derecho a la salud, y a la calidad de vida, de cada uno de los afectados que el hecho implica, además de proyectarse, en la esfera colectiva, la afectación al derecho de acceso a un tratamiento adecuado al que son acreedores, sin discriminación alguna, todos los sujetos afectados por la enfermedad a lo largo y a lo ancho del país. El remedio procesal pretendido fue el de la solución estructural, o sea, el de obligar al Estado Nacional a dar cumplimiento efectivo de los programas debidos en la materia tanto para los casos certificados por la asociación que había impetrado la acción, como para todos los afectados en idénticas condiciones. No obstante ello, la sentencia sólo se circunscribió a los amparistas, condenando al Estado Nacional a brindar el tratamiento a los damnificados sólo de manera subsidiaria a la responsabilidad principal que recaía sobre las provincias, como obligados directos y primarios en la adopción de la atención médica, y tratamiento, prevista. En cuanto a los efectos expansivos de la sentencia, el precedente de marras se fue transformando en la respuesta jurídica invocada ante cada caso individual que se habría de presentar en lo subsiguiente (Maurino, Nino, y Sigal, 2005).*

lo que existirá una relación de titularidad de un derecho subjetivo en el marco de legitimidad sustantiva entre el afectado y el derecho conculcado, y una capacidad instrumental basada en esa legitimación causal, en cuanto a la esfera individual, más una legitimidad procesal amparada en la cotitularidad proporcional en la órbita transindividual de ese bien jurídico conculcado.

En el caso de las asociaciones legitimadas *iusconstitucionalmente*, queda claro que la legitimación causal que las mismas podrán ostentar radica en la “*apropiación*” que sustancian de la dimensión colectiva de un bien jurídico determinado, *Vgr.*: el derecho a la salud, a la libertad de expresión, a la educación, etc., mientras que su capacidad para constituirse en actor válido en un proceso se centrará en esa esfera colectiva, es decir que el objeto pretendido en la acción sólo puede circunscribirse a la afectación en clave supraindividual, y no en lo que cada afectado pueda reclamar en su dimensión individual.

Lo predicho tendrá, entonces, implicaciones muy relevantes en cuanto al remedio jurisdiccional a aplicar en cada caso, y los efectos que la sentencia ha de producir, ya que en el supuesto de causas de este tipo, además de la solución individual existirá la propagación de los efectos de la sentencia a todos los casos que hayan de producirse en idénticas condiciones³², siempre y cuando esa identidad sea corroborada en concreto mediante una vía incidental, mientras que, por otro lado, la posibilidad de obtener un remedio instrumental centrado en la proyección social que ese bien jurídico amenazado o conculcado posea se sustanciará a través de las llamadas *soluciones estructurales* (Maurino, Nino y Sigal, 2005; Lorenzetti, 2010) que propendan a la recomposición del valor social del bien en cuanto a las garantías de sustentabilidad que sobre él recaigan³³. La calidad y alcance de la respuesta jurisdiccional dependerá, claro está, de la forma en que las variables independientes “*causa*” y “*objeto*” de la pretensión hayan de

³² *Esa sería la solución más idónea en “C.S.J.N., “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”, Id Infojus: FA07000202, (26/11/2007)” en relación a los reajustes de haberes previsionales de cada uno de los afectados, por ejemplo, o la solución sugerida por la Corte Suprema en “Halabi”.*

³³ *Respuesta jurisdiccional observada en casos como “Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala V, C.A.B.A., “Labatón, Ester c/Poder Judicial de la Nación”, (25/09/1996), L.L. Supl. De Derecho Administrativo, (27/11/1998)”, “Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala 01, C.A.B.A., “Verbrugghe María Inés -Inc.Med. c/ E.N. -M° de Economía- Sec. De Transportes y otro s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA03100096, (26/08/2003)” o “C.S.J.N., “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013)” por citar algunos precedentes ya estudiados.*

combinarse en el caso bidimensional. Si se tomara como referencia, en tal sentido, el esquema de clasificación propuesto por los Dres. Maurino, Nino y Sigal (2005) en su obra, se podría afirmar que, en el caso del conflicto bidimensional, se podrían conjugar casos de: a) *causa individual – objeto colectivo*; b) *causa colectiva – objeto colectivo*, según sea la cuestión en ciernes³⁴, traduciéndolas en una nueva categoría relacional que las contenga, tal y como sería: *causa y objeto bidimensional*.

De lo expresado es que se colige, sin lugar a dudas, que la complejidad que revisten las controversias centradas en derechos de incidencia colectiva en general, más allá de cual sea la categorización que se haya de hacer de los mismos, exceden el marco de contención procesal que puede brindar el amparo colectivo como instrumento de respuesta jurisdiccional, ya que su naturaleza *efectiva, rápida y sencilla* (Lorenzetti, 2010) no permite resguardar, de manera eficiente, las garantías procesales³⁵ puestas en juego en tales casos, en virtud de la necesidad que éstos presentan de un mayor debate y prueba. Ello no importa una apreciación crítica del remedio procesal de marras, ya que la propia exaltación de su carácter efectivo y sencillo define la relevancia del instituto ante la afectación, o amenaza, de un derecho, sino una estimación de su insuficiencia ante cierto tipo de emergencias conflictuales colectivas.

Una *sobreutilización* de la acción de amparo en esta tipología de casos, ha venido acarreado, en estos años, un alto porcentaje de rechazo (por defecto formal en la mayoría de las demandas) de las controversias con implicancia social, adunando la noción acerca de la insuficiencia de este tipo de procesos, y la necesidad de regular un tipo procedimental más específico para las acciones colectivas (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Pero quien pondría en el tapete a la cuestión, *In Re “Halabi”*³⁶, sería la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fijar los presupuestos mínimos procedentes para tal tipo de acciones, tal como se estudiará en el punto siguiente.

³⁴ Ver al respecto: Maurino, Nino y Sigal, 2005, “Las Acciones colectivas”, Cap. VII, acápite III, Pto. 2, pp. 208-209.

³⁵ Arts. 18, 19, 75 inc.22, 116, 117 y ccdtes., Const. Nac. Arg.

³⁶ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009).

c. La creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de tutela procesal colectiva para supuestos de lesión a derechos individuales homogéneos.

Venir a exaltar la importancia que reviste “*Halabi*”³⁷ en la historia institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a esta altura de la investigación no constituye ninguna novedad, sobre todo si se tiene en cuenta que gran parte del presente trabajo hunde sus raíces en los extremos sostenidos por el cimero tribunal en Autos. Lo que si vale la pena resaltar, y este punto intentará abonar ese objetivo, es el valor de fijación de parámetros en materia de procesos colectivos que el mentado Fallo ha tenido, ya que ninguna regulación futura sobre juicios supraindividuales que se precie de tal debería apartarse del piso mínimo que la “...*energía vital de “Halabi”...*” (Gil Domínguez, 2013, pp.7) ha venido a dejar como legado, en la apasionante, e inagotable, búsqueda de que los justiciables encuentren, dentro del sistema de administración de justicia, una cobertura constitucional e instrumental acorde, que tienda a prohijar la mayor equidad posible (Gil Domínguez, 2013).

En el punto anterior se hizo referencia a cierta falencia estructural que el amparo colectivo, como remedio procesal, posee frente a las complejidades que dimanan del conflicto colectivo en sentido amplio. Estas falencias o limitaciones se condicen con la propia naturaleza del proceso referido³⁸, además de que, el mismo, es un instituto consagrado constitucionalmente cuya finalidad es socorrer al sistema en pos de la efectiva tutela jurisdiccional, siempre que ésta exteriorice, frente a la controversia concreta, la ausencia de otro carril adjetivo adecuado a tal pretensión (Perman, 2013). Por otra parte, la vía procesal reseñada carece, hasta el presente, de una regulación

³⁷ C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, Fallos 332:111 (24/02/2009).

³⁸ “...*La acción de amparo constituye un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlas pueda afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado solo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional...*” (C.S.J.N., “*Ballesteros, José S/Acción de Amparo*”, Id Infojus: FA94000328, 04/10/1994). El precitado considerando deja claro cuáles son los rasgos que mejor describen a la acción: su excepcionalidad y la urgencia que habilita su utilidad como remedio, además del carácter expedito que debe poseer su trámite.

específica que haya fijado, de manera indubitable, tanto sus extremos formales como las particularidades de su trámite, y ello no aparece como una cuestión menor ante la casuística producida en todos estos años, sobre todo si se tienen en cuenta los problemas de efectividad en su admisibilidad que muchas de estas causas han encontrado por la presente vía³⁹. Ello no implica, en modo alguno, desconocer lo ventajoso que resulta el hecho de contar con una vía procesal expedita y de trámite urgente que habilite la efectiva protección de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente (Perman, 2013), no se trata aquí de negar las virtudes del instrumento, sino de marcar que su sobreutilización ante la ausencia de carriles más idóneos, además de la insuficiencia ya reseñada en garantizar el debido proceso adjetivo en ciertos casos⁴⁰, ha venido a constituir una preocupación tanto para los operadores jurídicos, como para la doctrina en general, alentada, en gran medida, por la propia cuña que el escenario colectivo ha venido a significar dentro del sistema, desde su irrupción expresa con la reforma constitucional, más la comprobación del incremento progresivo de la emergencia práctica conflictual con implicancias colectivas que la propia realidad ha ido mostrando (Lorenzetti, 2010). Esto último, claro está, viene a constituirse como un más que justificado motivo por el que una vía de excepción como el amparo colectivo se hubo de transformar, paulatinamente, en la regla adjetiva en materia supraindividual.

Lo predicho viene, entonces, a correr el telón de la escena sobre la cual se desenvuelve el *Leading Case* que aquí va a ser tomado como punto de referencia en cuanto a los principios delimitadores de un orden regulatorio para el proceso colectivo en la Argentina, tomando muy en cuenta que la complejidad del *casus* con proyección supraindividual amerita un contradictorio que esté a su altura, tanto en el resguardo del

³⁹ Como bien apuntan Maurino, Nino y Sigal (2005), la efectividad de las acciones de amparo colectivas impetradas, sobre todo en la primera década de vigencia de tal instituto, no llega al 50% de los casos. El dato más llamativo que tal estadística arroja es que, en la mayoría de las causas, el rechazo se debería "...en un porcentaje muy alto a cuestiones formales, relativas a esta especial acción de tutela (legitimación, falta de carácter manifiesto en la ilegalidad denunciada, etc.)..." (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.103-104) lo cual reafirma el hecho que la falta de extremos precisos en lo tocante al trámite formal, y sus alcances, dejan demasiado espacio a la discrecionalidad interpretativa de los tribunales, abonando la confusión sobre la idoneidad del carril empleado ante cierta tipología de conflictos.

⁴⁰ Tal como considera Carrillo (2011) que ha sido una de las motivaciones principales seguidas por la CSJN In Re "Halabi" en cuanto a entender que la vía del amparo colectivo no se presenta eficiente como para dar satisfacción a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos en lo concerniente a los estándares procedimentales a garantizar.

efectivo acceso a la justicia para todos los ciudadanos, como en el garantizar las pautas estructurales de resolución que la propia dinámica conflictual requiere, y todo ello sin perder de vista la celeridad que debe acompañar a este tipo de proceso. Todo ello será el material de análisis que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomará entre manos a fin de ir moldeando los cimientos conceptuales que *consolidan* y *reafirman* la recepción de las acciones colectivas en el ordenamiento adjetivo nacional, cerrando un período de “...*exploración, intercambio, vacilación y ajuste de parte de los jueces y juezas del tribunal acerca de la configuración conceptual de los derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma constitucional de 1994...*” (Maurino y Sigal, 2009, pp.2) y su tutela jurisdiccional.

La primera noticia que la Corte brinda en “*Halabi*” es, justamente,

...que la dimensión sustancial de la validez del Estado constitucional de derecho argentino está integrada por derechos subjetivos, derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos de naturaleza indivisible y derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos de naturaleza divisible... (Gil Domínguez, 2011)

Y que, a partir de ese esquema deben interpretarse todas y cada una de las vías procesales a fin de brindar respuesta en cada caso concreto, es decir que, en términos prácticos, no puede, ni debe, existir un derecho sin su adecuada respuesta tutelar, constituyendo cualquier omisión al respecto, una falencia inexcusable a la que el propio tribunal tiene el deber institucional de acudir a subsanar⁴¹. Pero del cuadro de prerrogativas antedicho, en donde más hincapié viene a hacer el fallo de marras, es en el sentido de sentar las pautas de mínima que habrá de contemplar cualquier regulación procesal en materia de tutela de derechos individuales homogéneos, ya que allí existe, por sobre todas las cosas, una necesidad imperiosa de circunscribir los “...*recaudos*

⁴¹ *En las propias palabras de los Dres. Maurino y Sigal, ello “...constituye un paso adelante en el proceso de autoafirmación y construcción de autoridad institucional que la Corte ha venido ensayando en los últimos años. En su rol de garante fundamental de los derechos, envía en este fallo un doble mensaje a los poderes políticos. Por un lado, les recuerda su desatención en la regulación del acceso a la justicia para los derechos de incidencia colectiva. Pero, por sobre todo, reafirma sus propias atribuciones y su autoridad directa para salvaguardar los derechos, aun -o, tal vez, sobre todo- cuando deba saltar las falencias de los otros poderes para hacerlo...” (Maurino y Sigal, 2009, pp.4).*

elementales que hacen a su viabilidad... ”⁴² a un instrumento normativo que garantice seguridad jurídica en todos los casos.

En efecto, el trascendente decisorio llevado adelante por el Címero Tribunal invita a considerar una serie de pilares estructurales que una regulación para este tipo de proceso debería contemplar, *Vgr.:*

...que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos...⁴³

Y más específicamente, plantea una guía endógena para los tribunales nacionales en cuanto a “*...cumplir con las siguientes bases, que se anticipan como requisitos de validez de la sentencia en los procesos colectivos...*” (Carrillo, 2011, pp.10), a saber:

...la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos...⁴⁴

Va de suyo, a esta altura del análisis, el colegir que el supremo tribunal de la Nación, independientemente de la valoración que de ello se pueda hacer, tomó nota de una falencia sistémica, *Vgr.:* lo antedicho en materia de insuficiencia de la figura del amparo colectivo, y brindó una respuesta que pudiera ser contemplativa de todos los aspectos a resolver en la cuestión, pero concentrándose quizás en el punto más novedoso y acuciante que tanto la materia sustancial, como procesal, colectiva estaba exigiendo resolver, tal y como era el de la novel categoría de los llamados derechos

⁴² C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 20.

⁴³ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 12.

⁴⁴ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 20.

individuales homogéneos. Esto no significa en modo alguno que la Corte haya desatendido los extremos adjetivos a tomar en cuenta en los procedimientos tuitivos de derechos colectivos indivisibles, lo que ocurre es que el máximo tribunal ya había hecho gala de su rol como poder institucional del Estado y desarrollador del programa constitucional en el tema (Maurino y Sigal, 2009) en el trascendente Fallo “*Mendoza*”⁴⁵, a través del cual sentó las bases de admisibilidad del *Structural Case* que, en el caso concreto, se configuró como “...una suerte de proceso ambiental expedito atípico, cercano al amparo pero sin demasiada limitación anticipada en cuanto a lo que podía o debía ser el marco de debate y prueba...” (Lorenzetti, 2010, pp.49) pero que, posteriormente, fue adosando etapas y caracteres aún más interesantes⁴⁶ que permitieron ir cimentando bases pretorianas en cuanto a los extremos del proceso sobre derechos de incidencia colectiva de objeto indivisible.

Volviendo a “*Halabi*” y su impacto en materia procesal, la indagación intentará adentrarse, de manera breve y sencillamente demostrativa ya que habrá oportunidad de mayor profundización de estos temas más adelante, en los parámetros o presupuestos de mínima que el Tribunal deja como legado pretoriano.

El primer elemento apreciable para la tutela procesal colectiva será el de *la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo*, es decir que, para que un supuesto sea pasible de ventilarse mediante un proceso colectivo debe llenar dos condiciones en cuanto a su nexa causal; la primera de ellas es que debe tratarse de un hecho, único o continuado, capaz de provocar una lesión homogénea (esto es por demás relevante porque ese aspecto define la base del planteo) a un grupo de individuos diferenciados o diferenciables (Lorenzetti, 2010); la segunda condición se trata de la comprensión de que la simple unidad causal no es, por sí sola, idónea para

⁴⁵ C.S.J.N., “*Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros*”, JA 2006-III-294, (20/06/2006).

⁴⁶ El Dr. Lorenzetti (2010) en su obra, destaca las diferentes etapas de aproximación que las resoluciones llevadas adelante por la Corte suprema durante todo el período de tratamiento del caso (desde el primer decisorio el 20/06/2006, hasta la sentencia definitiva del 08/07/2008) fueron aportando a la solución del conflicto, es decir, los fallos interlocutorios que fueron apuntando tanto a las medidas necesarias como para la prevención del daño futuro, el desmantelamiento del daño actual, la recomposición medioambiental posible y, por último, el resarcimiento ante el daño definitivo. Todas decisiones tomadas en base a su competencia originaria en materia de bienes *supraindividuales, colectivos, indivisibles, inapropiables e irrenunciables como el ambiente.*

habilitar al proceso colectivo, Vgr.: existen hechos únicos o continuados capaces de propagar efectos dañosos comunes a un número determinado o indeterminado de personas, corroborándose allí una unidad de causa, más no necesariamente un *casus* colectivo, ya que no aparece comprometido un derecho de incidencia colectiva (Maurino, Nino y Sigal, 2005), o una falta de incentivo real para que cada afectado accione por la vía procesal individual, o un fuerte interés estatal por tratarse de una minoría tradicionalmente postergada. Para que exista un planteo colectivo basado en una causa homogénea, fáctica o normativa, debe existir, inexcusablemente, una dimensión colectiva en la *causa petendi*⁴⁷ ya sea por la comprobación, en términos concretos, de que existen obstáculos reales para cada uno de los integrantes del grupo afectado en el acceso a la justicia de manera diferenciada⁴⁸, lo cual constituye una ausencia de la garantía ineludible de tutela jurisdiccional por no posibilitar el vencer tal dificultad (Lorenzetti, 2010), ya sea porque la pretensión se aglutine basada en el fuerte interés que despierta la tutela del grupo afectado

*...en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto...*⁴⁹

Además de que, como deja entrever la propia doctrina precitada, será la naturaleza del bien jurídico afectado la que identificará causalmente a la pretensión colectiva⁵⁰.

⁴⁷ “...La causa petendi es la que determina cuál es el asunto –jurídico- sometido a decisión judicial, la materia de debate o controversia...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.204).

⁴⁸ Lorenzetti identifica, y agrupa, a los obstáculos más usuales en las siguientes categorías: “...a) el económico, por el cual muchas personas no tienen acceso a la justicia en virtud de la escasez de sus bajos ingresos; b) el organizativo, por el cual los intereses difusos no son eficazmente tutelables en un proceso pensado para conflictos bilaterales; c) el procesal, por el cual los procedimientos tradicionales son ineficaces para encauzar estos intereses...” (Lorenzetti, 2010, pp.125).

⁴⁹ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 13.

⁵⁰ Cabe decir, sobre este punto, que además de la clasificación ya expuesta sobre derechos de incidencia colectiva reconocidos constitucionalmente, se agrega a la conceptualización a los derechos bidimensionales, ya que el fundamento procesal de la inclusión de los mismos radica en que el fuerte interés estatal en la tutela de ciertas prerrogativas consideradas, tradicionalmente, como de apropiación individual, resguardan una proyección social concreta a través de su dimensionalidad colectiva, por lo cual, cuando en ciertos casos, esa implicancia se ve conculcada, se impone necesario encuadrar jurídicamente la pretensión en ese aspecto, y no en la esfera individual de afectación de cada sujeto.

El segundo elemento que “*Halabi*” viene a aportar se condice con la *precisa identificación del grupo o colectivo afectado*. Una vez que la causa o controversia ha sido plenamente individualizada, corresponde hallar los criterios que hagan *identificable* al conjunto de sujetos lesionados (Lorenzetti, 2010), circunscribiéndolos, así, a una clase determinada.

La tarea de identificar una clase implica establecer una constante que aglutine a un conjunto de individuos detrás de un criterio objetivo, *Vgr.:* la calidad de Abogados y usuarios de los servicios de telefonía; los afectados por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida HIV/SIDA; los beneficiarios del régimen previsional según la categorización fijada por el S.I.J.P. (Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, Ley N° 24.241 del 13/10/1993)⁵¹, a los fines de que “*...todos los sujetos que la integran puedan quedar obligados por la sentencia que se dicte, o bien puedan invocarla en acciones ulteriores...*” (Lorenzetti, 2010, pp.130) siendo importante que tal criterio de clasificación, además, no se torne demasiado sofisticado (Lorenzetti, 2010) ya que, de ser así, obstaría a la posibilidad de que los particulares potencialmente afectados se identifiquen con él y puedan incorporarse al proceso (Lorenzetti, 2010). Este parámetro de clasificación se relaciona, además, con la tipicidad del reclamo sustanciado en el proceso, o sea, con el curso de eventos y argumentos legales invocados, ya que sería inadmisibles la propagabilidad de los efectos procesales hacia todos los individuos de un grupo afectado, aun compartiendo un rasgo caracterizador, si cada sujeto basara su reclamo en un nexo causal diferente (Lorenzetti, 2010).

Por último, la clase conformada debe ser *relevante*, ello importa que, además del criterio objetivo en su identificación, lo cual hará a la clase representativa cualitativamente, la cuestión cuantitativa deberá estar debidamente certificada, ya que debe existir una medida que permita apreciar la relevancia del grupo afectado por

⁵¹ *La clase certificada por la CSJN in re “Halabi”, o en “Asociación Benghalensis”, o en autos “Badaro” por citar algunos ejemplos en los que ello bien podría haber ocurrido de manera efectiva (es de remarcar que sólo en el caso de los autos ventilados en “Halabi” la CSJN certificó una clase compuesta por los Abogados y ciudadanos usuarios de telefonía, mientras que, en los otros casos, si bien fue reconocida una causa petendi basada en derechos de incidencia colectiva, e incluso el voto del Dr. Vázquez In Re “Asociación Benghalensis” reconoció la existencia de un grupo afectado, ninguno fue tramitado como una acción de clase propiamente dicha, por ello no se registró certificación de clase en sentido técnico).*

categoría conformada a fin de que ésta se considere suficientemente representativa (Lorenzetti, 2010).

El tercer criterio adunado por el Cíbero Tribunal es el referente a *la idoneidad de quien pretenda asumir su representación* ya que una vez certificada y mensurada la clase, habrá que determinar que quien, o quienes, pretendan representarla dentro del contradictorio, estén legitimados para hacerlo y lo hagan, además, “...*justa y adecuadamente...*” (Verbic, 2013, pp.356). Ya se ha abordado el tema de la legitimación procesal en el acápite anterior, por lo que, en honor a la brevedad, a él se remite⁵², lo que si vale la pena afirmar respecto a ello es que en el decisorio de marras, la Corte ha extendido el manto de legitimación extraordinaria *Iusconstitucional*⁵³ a la órbita de los procesos ordinarios, y no sólo circunscripta a la figura del amparo⁵⁴. En cuanto a la conexión necesaria que debe haber entre el representante y la clase afectada

...Se trata de un punto esencial porque en ello se pone en juego la legitimidad misma del proceso colectivo, en tanto por su conducto, se extenderán los efectos de la sentencia a miembros de la clase que no han tenido una participación activa (miembros ausentes)... (Carrillo, 2011, pp.11)

Lo cual invita a colegir, como pautas hermenéuticas inescindibles del instituto bajo análisis

...a. Determinación y compromiso con la causa. b. Disponibilidad de tiempo y recursos económicos para sostener el trámite complejo y oneroso que, en general, demanda un proceso colectivo. c. Ausencia de conflictos de intereses con los restantes miembros de la clase. d. Así como la calidad de las postulaciones iniciales y la diligencia procesal. Es de advertir que esta cuestión debe ser susceptible de controlarse no solo por el juez sino también por los miembros de la clase que concurran al proceso a través de la citación. Deben poder objetar la idoneidad del representante, pues su actuación los comprometerá al momento de la sentencia... (Carrillo, 2011, pp.12).

De lo antedicho se desprenden los próximos dos elementos a indagar, tal y como son *la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, y la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de*

⁵² Cap. V, Acp. b., pp.294-299.

⁵³ Los supuestos contemplados por el Art. 43, 2^{do} párr. de la Const. Nac. Arg.

⁵⁴ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 19.

comparecer en él como parte o contraparte ya que, entre otros aspectos, estos criterios permitirán que las personas aptas para invocar su pertenencia al proceso puedan participar en él activamente pero, además, puedan ejercer un control efectivo sobre la idoneidad y desempeño del representante de la clase, o puedan autoexcluirse del grupo afectado si así lo desean. El supremo Tribunal plantea como estándar interpretativo en lo referente a la cuestión de la notificación que la misma debe ser *adecuada*, lo cual importa que tal comunicación, independientemente de cual sea la metodología empleada, debe garantizar que el potencial miembro de la clase pueda, en primer término, acceder a esa información de manera sencilla y, en segunda instancia, tenga la posibilidad de tomar una decisión respecto de su vinculación al proceso de manera informada (Giannini, 2007). Tal exigencia se basa en, como bien enseña Lorenzetti (2010), tres cuestiones que se plantean como fundamentales para este tipo de procesos, a saber:

...1) permite conocer si la clase es realmente determinada o determinable, porque la notificación presupone la identificación; 2) facilita el ejercicio del derecho de defensa de los miembros, incluyendo la opción de integrarse o no a la clase; 3) permite interrumpir la prescripción... (Lorenzetti, 2010, pp.134)

Por otro lado, una buena manera de comprender la noción de *notificación adecuada* es aquella que se funda en pautas generales de contenido tales como

...a. La naturaleza de la acción. b. La definición de la clase certificada. c. Identificación del representante y sus letrados. d. Las pretensiones articuladas y las defensas opuestas. e. La posibilidad de intervención directa en el litigio, con patrocinio. f. La posibilidad del miembro de solicitar su exclusión (opt out). g. Advertencia acerca de los efectos expansivos de la sentencia... (Carrillo, 2011, pp.13)

Aspectos que permiten garantizar los extremos de información antedichos y que hacen al cumplimiento de los estándares fijados por la Corte en cuanto a arbitrar “...en cada caso un procedimiento apto...”⁵⁵ a tal efecto.

En cuanto a la alternativa de optar por quedar incluido o excluido del proceso, tema más que relevante porque de esa situación dependerá quedar alcanzado, o no, por “...los

⁵⁵ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), *Consid.* 20.

efectos expansivos de la cosa juzgada...” (Lorenzetti, 2010, pp.135). En términos generales, y siguiendo la útil clasificación de ello que aporta el Dr. Lorenzetti en su obra (2010), se puede encuadrar a este sistema de opción de participación o exclusión de la siguiente manera: **a)** el proceso obliga a todos los sujetos que integran la clase sólo por el hecho de pertenecer a ella; **b)** obliga a todos los sujetos que pertenecen a la clase por su sola pertenencia, salvo a aquellos que se manifiesten de manera expresa a favor de su exclusión⁵⁶; **c)** el proceso obliga sólo a aquellos que hayan manifestado su voluntad de participar del mismo integrando la clase (Lorenzetti, 2010). Conviene aclarar que, en autos “*Halabi*”, la Corte mantiene como principio en la materia, el sistema del denominado por la doctrina *opt out*⁵⁷ (Lorenzetti, 2010; Carrillo, 2011; Giannini, 2007), fundando tal criterio en que la

*...amplitud de los efectos de la decisión no se halla sólo en la búsqueda, por parte del juzgador, de arbitrios tendientes a superar el escollo derivado de la arraigada concepción individualista en materia de legitimación. El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente...*⁵⁸

El último de los parámetros ordenadores que el *Leading Case* bajo estudio deja como legado es el de la necesidad de tomar “...*adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o*

⁵⁶ Este es el sistema adoptado por la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (15/10/1993) en su Art. 54, 2^{do} párr. “...La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga...” y por la Ley General del Ambiente N° 25.675 (28/11/2002) en su Art. 33 In Fine “...La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias...”, claro que, este último, sólo se circunscribe al supuesto de déficits probatorios en procesos basados en bienes colectivos indivisibles, y no en la voluntad particular de sujetos afectados de manera homogénea en prerrogativas divisibles (Maurino y Sigal, 2009).

⁵⁷ Trad. Del inglés: “optar por no”.

⁵⁸ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 21.

contradictorias sobre idénticos puntos...⁵⁹. Lo que la Corte estima imperioso evitar respecto a este tema es el escándalo jurídico de que “...*puedan existir decisiones contradictorias de diferentes jueces que sean de cumplimiento imposible y creen un conflicto institucional...*” (Sola, 2014, pp.16) al replicar decisorios cuya relación de conexidad objetiva se torne evidente, y las resoluciones tomadas en cada caso incompatibles entre sí (Maurino, Nino y Sigal, 2005). En virtud de ello, es que el Címero Tribunal abogó por un sistema de publicidad adecuado e idóneo a fin de propagar el conocimiento sobre las demandas colectivas en trámite en los diferentes juzgados del país, a fin de promover el “...*tratamiento igualitario de lesiones plurales, intentando evitar que la dispersión de causas individuales derive en inconsistencias jurisprudenciales coetáneas sobre una misma cuestión...*” (Giannini, 2012, pp.17).

Vale concluir que este último presupuesto mínimo para la tutela procesal colectiva en torno a la lesión a derechos individuales homogéneos se condice tanto con lo dispuesto en algunos ordenamientos provinciales⁶⁰, con lo establecido en materia de publicación de sentencias de consumo⁶¹, y con aquello que los Dres. Maurino, Nino y Sigal, aún algunos años antes de la aparición del precedente bajo escrutinio, habían denominado como *las precondiciones necesarias para garantizar las posibilidades de participación y defensa en los procesos colectivos a través de la creación de un registro nacional de publicación de acciones de este tipo* (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.264-271).

Estos criterios sentados por la CSJN, lejos de clausurar discusiones o dar por finiquitado cualquier debate respecto a las acciones colectivas en la Argentina, cimentaron la apertura de una nueva etapa de acuerdos y contrapuntos que, como bien

⁵⁹ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid. 20.

⁶⁰ *Publicidad en Boletín Oficial, Art. 13, Ley N° 1352 de la Provincia de La Pampa (14/11/1991); Publicidad por Edictos, Art. 9°, Ley N°6006 de la Provincia de San Juan (11/01/1990); Publicidad en medios de Comunicación masivos, Art. 659, Cód. Proc. Civ.Com. Lab. Rural y Minero de la Provincia de Tierra del Fuego, Ley N° 147 (17/08/1994).*

⁶¹ “*ARTÍCULO 54 bis.- Las sentencias definitivas y firmes deberán ser publicadas de acuerdo a lo previsto en la ley 26.856. La autoridad de aplicación que corresponda adoptará las medidas concernientes a su competencia y establecerá un registro de antecedentes en materia de relaciones de consumo.*”, Ley N° 24.240, “*De Defensa del Consumidor*” (15/10/1993), según *Texto incorporado por Ley N° 26.993, “Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, (18/09/2014).*

apunta Verbic (2012), no ha dejado de escalar nuevos peldaños de desarrollo jurisprudencial y doctrinario, tal como se verá en los puntos venideros. Es importante remarcar que, aún en la actualidad, y a pesar de haberse registrado avances notorios en materia regulatoria procesal dentro del ámbito de los derechos de usuarios y consumidores⁶², más lo que ya existía en cuanto a tutela procesal colectiva ambiental⁶³ al tiempo de “Halabi”, no existe en el país una normativa autónoma y general que regule los procesos pluriindividuales, contándose como única novedad tangencial a la figura de la acción preventiva⁶⁴ (aplicable tanto en materia de amenaza a derechos individuales como de incidencia colectiva) prevista por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En virtud de esto es que las palabras del Dr. Giannini pronunciadas apenas tres años después de la innovación pretoriana llevada a cabo por la Corte, vuelven a tomar impulso ya que, como se observa, no se ha logrado aún “...poner fin al estado de mora legislativa que la doctrina procesal y constitucional viene destacando desde hace tiempo y que, más recientemente, ha preocupado a la Corte Suprema en el caso “Halabi”...” (Giannini, 2012, pp.16).

⁶² Arts. 52, 53, 54, 54 bis, 55, 56 y 58 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240, (15/10/1993), Modif. por Ley N° 26.361 (03/04/2008), y por Ley N° 26.993, “Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, (18/09/2014).

⁶³ Arts. 28 al 34 de la Ley General del Ambiente N° 25.675 (28/11/2002).

⁶⁴ Arts. 1711 a 1715 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

d. Estado actual de la cuestión. Regulación procesal vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Una buena manera de comprender, como primera medida, cuál o cuáles han sido las consecuencias evolutivas dimanadas de “*Halabi*”, a fin de poder vislumbrar cuál es el verdadero estado actual de cosas en materia de tutela procesal colectiva, es abordar el tema desde tres aspectos, a saber: el primero de ellos se relaciona con la actitud de los operadores jurídicos en general en cuanto a la admisión de un sistema supraindividual adjetivo de tutela de intereses individuales homogéneos; el segundo, estrictamente relacionado con el primero, radicará en la efectiva respuesta judicial ante conflictos de esta naturaleza a fin de percibir cuán cercanas, o lejanas, se hallan las mismas a los parámetros sentados por la Corte en el *Leading Case* predicho; y el último de los aspectos a estudiar, pero no menos relevante por ello, se enlaza con el análisis del marco regulatorio procesal colectivo existente en el país desde la óptica comparativa con los criterios cimentados por el fallo precitado.

Este análisis tratará de detenerse, sobre todo, en el lento, pero progresivo camino hacia un sistema integral de tutela colectiva en el orden nacional, con las particularidades y presupuestos de mínima ya estudiados como regla excluyente, más la reinterpretación predicha, que debe colegirse necesaria, de todos y cada uno de los microsistemas de acciones colectivas ya en vigencia. Para poder aportar una indagación más profunda acerca del tipo de acción colectiva más idónea para tutelar derechos de incidencia colectiva, como se intentará proponer en capítulos posteriores de este trabajo, es preciso, primero, comprender acabadamente los extremos de la integralidad del sistema del que se parte, sino cualquier propuesta corre el serio riesgo de cumplir las expectativas de “*Halabi*” pero coaccionar, a la vez, a expresiones de deseo más que a realidades sistémicas concretas.

Las dos primeras cuestiones a analizar, que son las relativas a la actitud de los operadores jurídicos frente a la irrupción de los extremos sentados por “*Halabi*” y sus consecuencias prácticas, podrían sintetizarse en la opinión vertida por Gil Domínguez al respecto, en cuanto

...se pudo observar que magistrados y magistradas de algunos fueros asumieron una postura judicial de pleno desconocimiento e inaplicación —como una suerte de rebeldía formalista— de los estándares establecidos en aquella sentencia fundante en torno al sistema de derechos y garantías del Estado constitucional y convencional de derecho argentino... (Gil Domínguez, 2013, pp.5)

Planteando, en definitiva, una notable tendencia a contemporizar los parámetros adjetivos sentados por la Corte con la legislación vigente en materia de procesos colectivos, sin dejar lugar a un desarrollo más abarcativo de tales presupuestos hacia áreas de conflicto sociológico pluriindividual que carecían, y de hecho carecen, de una regulación específica que diera mayores, y mejores, fundamentos de aplicación a los operadores jurídicos. En pocas palabras, en los años inmediatamente posteriores a “Halabi”, los jueces, en general, se ciñeron a la idea de contemplar los principios planteados por el máximo tribunal sólo a través del prisma de la legislación vigente respecto a procesos colectivos, como algo complementario a éstos, y no como un nuevo esquema de tutela procesal más abarcativo y estructurado tal como fuera concebida la noción de un verdadero sistema de acciones de clase.⁶⁵

Ahora bien, este contrapunto entre la Corte Suprema y los Tribunales inferiores no se debe, necesariamente, a enfoques tan diferentes en lo tocante a la tutela procesal colectiva, y ello se puede comenzar a explicar a partir de lo que conformó, en opinión

⁶⁵ Resulta ilustrativo, en tal sentido, observar la habitualidad con la que la doctrina “Halabi” ha sido citada en materia de tutela procesal de usuarios y consumidores, mientras que se ha mantenido un carácter restrictivo en cuanto a la tutela pluriindividual en otras áreas. Ejemplo de lo primero resultan: Cám. Nac. de Apel. en lo Com., C.A.B.A., Sala F, “Adecua c/ HSBC Bank Argentina S.A. y otro s/Ordinario”, MJ-JU-M-67560-AR | MJJ67560, (24/06/2011); Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com. De Mar Del Plata, Sala 2^{da}, “Asoc. Civil de Usuarios Bancarios Arg. c/ Bazar Avenida S.A. (Red Megatone)”, MJ-JU-M-73376-AR | MJJ73376, (10/07/2012); Cám. Fed. De Apel. de la Prov. De Salta, “Ulloa, Álvaro (Defensor del Pueblo) y otros c/ Estado Nacional - P.E.N. - Ente Nacional Regulador del Gas”, Id Infojus: FA10980044, (05/05/2010); Cám. Nac. de Apel. en lo Com., C.A.B.A., Sala F, “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Liderar Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”, Id Infojus: FA13130096, (22/08/2013), entre otros; en torno a lo segundo se encuentran decisorios tales como: “Cám. Fed. De la Seguridad Social, Sala 01, CABA, “Sindicato De Trabajadores Judiciales De Río Negro c/ A.N.Se.S. s/ Amparos y sumarísimos”, Id Infojus: FA11310069, (01/09/2011)” en donde el tribunal ofrece una visión restrictiva en cuanto a la legitimación colectiva de una asociación sindical por comprender que no se da allí un supuesto de homogeneidad fáctica en los afectados, más allá de la evidente conexión normativa existente en el caso. Otro ejemplo de esta actitud restrictiva de los tribunales inferiores se observa In re “C.S.J.N., Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo, Id Infojus: FA15000000, (10/02/2015)” en donde la Corte corrige el curso de sendos decisorios, tanto del juez de primera instancia como de la Cámara Fed. En lo Civ y Com, que interpretaban la falta de legitimación de la Actora en virtud de tratarse de derechos subjetivos conculcados, no considerando su homogeneidad fáctica y normativa.

de Carrillo (2011), la visión superadora del máximo tribunal al momento de plasmar su doctrina, fundada en comprender como

...inapropiado que regulaciones sectoriales –por caso, la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (Artículo 54) o la Ley N° 25.675 (Artículo 33) de Protección del Ambiente– se limiten a establecer los efectos expansivos de las sentencias, sin antes haberse cumplido con estándares mínimos del debido proceso... (Carrillo, 2011, pp.9-10)

Prohijando la idea de avanzar hacia un sistema adjetivo integral que permita la más amplia cobertura en la materia, justamente para evitar que los parámetros del debido proceso, Vgr.: “...acceso a la justicia y derecho de defensa...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.241), queden subordinados, sin más, a la delimitación discrecional por parte de los jueces, algo que, más allá de la voluntad de consignar la plena operatividad de las garantías constitucionales, conduce al riesgo severo de convertir a los magistrados en legisladores (Luqui, 2011).

Observado esto desde otra perspectiva, se colige que, justamente, la conducta analizada de los operadores judiciales en los tribunales inferiores no viene a responder a una discrepancia con estos estándares que la Corte ha propuesto, sino a reafirmar la idea de que, más allá de haberse consolidado un bloque de consagración pretoriana de las acciones de clase en la Argentina⁶⁶, el cual propicia su plena operatividad como mecanismo de tutela colectiva, subyace aún la necesidad no de mensurar normativamente su logística (queda claro que los parámetros han sido fijados por la jurisprudencia predicha), sino de garantizar acabadamente los alcances del debido proceso adjetivo dentro de este sistema, cuestión que, evidentemente, ha sido el incentivo principal en la postura conservadora que ha gobernado a los jueces inferiores y que alimenta la idea de esta *rebeldía formal* (Gil Domínguez, 2013) que cierto sector de la doctrina ha apuntado.

⁶⁶ *Tal como se plantea en doctrina, ese bloque estaría conformado por “...Los precedentes Halabi Fallos: 332:111, Mendoza Fallos: 332:2522 y Padec c. Swiss Medical P. 361. XLIII. REX y Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A...” que “... completaron la letra estricta del art. 43. Estos precedentes son las normas que organizan las acciones de clase como herramienta procesal para proteger las garantías establecidas en el art. 43. Es por ello que si bien es deseable que exista una ley específica al respecto, según indicara la Corte Suprema en el caso Halabi, la existencia de las acciones de clase en el derecho argentino no requiere formalmente para su plena vigencia de otra normativa fuera del art. 43 de la Constitución y los precedentes mencionados...” (Sola, 2014, pp.11).*

En definitiva, la problemática de esta suerte de disociación entre el progresivo avance del supremo Tribunal nacional en materia de tutela procesal colectiva⁶⁷, y el tímido y conservador, si se permite el calificativo, movimiento hacia el cumplimiento de la obligación de brindar una eficaz tutela jurisdiccional como la elegida en “*Halabi*” por parte de los tribunales inferiores, no responde necesariamente a argumentaciones inadmisibles como las que la propia Corte advirtiera en el citado fallo⁶⁸, sino a que, en virtud de verse corroborada la mora legislativa en materia de acciones de clase en la Argentina, las cuestiones estructurales básicas de entrada y salida de ese tipo procedimental quedan demasiado libradas al arbitrio judicial en cada caso concreto, algo que hace aún más notoria la ausencia de una regla general al respecto⁶⁹.

En tal estado de cosas, entonces, se impone indagar acerca de los instrumentos normativos vigentes en la materia, es decir, el tercer aspecto que se marcaba al comienzo del punto, ya que de allí han surgido las bases argumentales recurrentes a la hora de sustanciar la tutela procesal colectiva. En efecto, cualquier esquema acerca de las fuentes normativas más usuales en materia de tutela colectiva de derechos individuales homogéneos, deberá basarse en el contexto del marco regulatorio fijado por la Ley de Defensa de consumidores y usuarios, más las novedades introducidas al sistema por la Ley de resolución de conflictos en las relaciones de consumo⁷⁰. Los predichos no son los únicos fundamentos normativos que permiten la admisión de un

⁶⁷ *Baste recordar que el Supremo Tribunal llevó adelante una verdadera reafirmación de los extremos sustanciados en “Halabi”, reimpulsando su plena vigencia, en autos “C.S.J.N., “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013)”, confirmando su clara intención de avanzar en ese camino (Gil Domínguez, 2013).*

⁶⁸ *En “Halabi”, la Corte suprema advirtió que era obligación de los jueces el dar plena eficacia a los instrumentos de tutela jurisdiccional como el consagrado en Autos, y que la misma “...no puede ser objetada so pretexto de que la acción colectiva prefigurada en la referida cláusula constitucional no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva. Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados...” (C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111, (24/02/2009), Consid.15).*

⁶⁹ *Giannini (2012) plantea la falta de seguridad jurídica que importa esta situación, al vislumbrarse que, en los hechos, dos aspectos han gobernado la cuestión: 1. La falta de reglamentación necesaria de ciertas cuestiones, tales como la representatividad adecuada, la litispendencia, la interacción de las acciones colectivas e individuales, etc., y 2. La regulación fragmentaria de estos procesos aislada por materia, sin vocación de integralidad.*

⁷⁰ *Ley N° 26.993, “SISTEMA DE RESOLUCION DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO”, (18/09/2014).*

sistema procesal colectivo en la Argentina, claro está⁷¹, pero como se mencionara, resultan ser los que más desarrollo en términos prácticos han tenido, por ello su especial relevancia para el presente análisis.

Como primera aproximación al mecanismo procesal previsto por la Ley de tutela consumeril, conviene hacer uso del esquema que plantea al respecto Verbic (2015), quien delimita tales contenidos de la siguiente manera:

...Legitimación y desistimiento (art. 52); vía procesal, acreditación de mandato, deber de colaboración en materia probatoria y beneficio de justicia gratuita (art. 52); transacción colectiva, cosa juzgada colectiva y ejecución de sentencias colectivas (art. 54); beneficio de gratuidad para asociaciones en causas colectivas (art. 55)... (Verbic, 2015)

A este esquema se le suma lo dispuesto en materia de representación colectiva y objeto de las asociaciones de protección de los consumidores y usuarios⁷², y lo consagrado en materia de publicidad y registro de las sentencias colectivas⁷³. El cuadro se completa, además, con la nueva Ley Nacional de resolución de conflictos en las relaciones de consumo N° 26.993 que, aunque de manera parcial según la calificada opinión de Verbic (2015), viene a establecer un nuevo sistema de justicia en materia consumeril, ya que no sólo consagra diferentes procedimientos en pos de sumar herramientas para la efectiva resolución de conflictos, *Vgr.*: el de la conciliación previa

⁷¹ *El sistema de acciones colectivas en el país se completa, tanto en materia de protección de bienes colectivos como en el caso de los derechos individuales homogéneos, conforme la opinión mayoritaria en doctrina (Lorenzetti, 2010; Maurino, Nino y Sigal, 2005; Verbic, 2013 y Giannini, 2012, entre otros) con lo dispuesto en materia de procesos medioambientales por la Ley N° 25.765, “Ley General del Ambiente”, (27/11/2002), en sus arts. 30, 33 y ccddes.; art. 26 (respecto a la legitimación procesal colectiva) y ss. Ley N° 25.156, “De Defensa de la Competencia”, (20/09/1999); art. 28 (legitimación procesal colectiva) Ley N° 24.481, “De Patentes de Invención y Modelos de Utilidad”, (20/09/1995); arts. 31 y ccddes. De la Ley N° 23.551, “De Asociaciones Sindicales”, (14/04/1988).*

⁷² *“ARTÍCULO 56.- Autorización para funcionar. Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes: ...e. Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados; ...h. Promover la educación del consumidor; ...i. Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.”, Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240, (15/10/1993), Modif. por Ley N° 26.361 (03/04/2008), y por Ley N°26.993, “Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, (18/09/2014).*

⁷³ *“ARTÍCULO 54 bis.- Las sentencias definitivas y firmes deberán ser publicadas de acuerdo a lo previsto en la ley 26.856. La autoridad de aplicación que corresponda adoptará las medidas concernientes a su competencia y establecerá un registro de antecedentes en materia de relaciones de consumo.”, Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240, (15/10/1993), Modif. por Ley N° 26.361 (03/04/2008), y por Ley N°26.993, “Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, (18/09/2014).*

obligatoria⁷⁴, el de auditoría en las relaciones de consumo⁷⁵, y el proceso jurisdiccional abreviado⁷⁶, sino que acompaña a estos mecanismos con la creación de organismos específicos para sustanciar su trámite⁷⁷. Esta solución normativa ante la falta de un procedimiento formal de tutela colectiva deviene parcial “...porque el modelo propuesto (aun con interesantes innovaciones en materia de trámite respecto de las cuales habrá que estar atentos para ver cómo operan en la práctica) no se encuentra pensado para enfrentar conflictos colectivos...” (Verbic, 2015, pp.7) confirmando que, por lo menos en los aspectos que interesan al presente análisis, es decir, los referentes al avance que pudiera haberse alcanzado en materia de trámite de procesos colectivos, el tema de la mora legislativa permanece, aún, en compás de espera.

⁷⁴ “ARTÍCULO 2° — Reclamos ante el COPREC. Limitación por monto. El COPREC intervendrá en los reclamos de derechos individuales de consumidores o usuarios, que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, cuyo monto no exceda de un valor equivalente al de cincuenta y cinco (55) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles. La intervención del COPREC tendrá carácter previo y obligatorio al reclamo ante la Auditoría en las Relaciones de Consumo o, en su caso, a la demanda ante la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo de conformidad con lo establecido en la presente ley. Las relaciones de consumo referidas en el párrafo primero son las regidas por la ley 24.240 y sus modificatorias. En los supuestos de relaciones de consumo reguladas por otras normas, el consumidor o usuario podrá presentar su reclamo ante el COPREC o ante la autoridad instituida por la legislación específica.”, Ley N°26.993, “Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, (18/09/2014).

⁷⁵ “ARTICULO 27. — Competencia. Limitación por monto. Corresponde al Auditor en las Relaciones de Consumo entender en las controversias que versen sobre la responsabilidad por los daños regulados en el Capítulo X del Título I de la ley 24.240 y sus modificatorias, promovidas por los consumidores o usuarios comprendidos en el artículo 1° de la citada ley, hasta la suma equivalente al valor de quince (15) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles. En el marco de dichas controversias, el Auditor se encuentra facultado para revisar la desestimación de las causales de justificación de la incomparecencia del proveedor o prestador a la audiencia celebrada en el COPREC y, excepcionalmente, para revocar la multa impuesta de conformidad con lo establecido en el artículo 16; en ningún caso, ello importará la reapertura del procedimiento conciliatorio ante el COPREC.”, Ley N°26.993, “Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, (18/09/2014).

⁷⁶ ARTÍCULO 42. — Competencia. Limitación por monto. La Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo será competente en las causas referidas a relaciones de consumo regidas por la ley 24.240, sus modificatorias y toda otra normativa que regule relaciones de consumo y no establezca una jurisdicción con competencia específica, en aquellas causas en las cuales el monto de la demanda, al tiempo de incoar la acción, no supere el valor equivalente a cincuenta y cinco (55) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles.”, Ley N°26.993, “Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, (18/09/2014).

⁷⁷ Ellos son: el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) (art.1°), la figura del Auditor en las Relaciones de Consumo (art.22), y la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo compuesta por los Juzgados de Primera Instancia y las Cámaras de Apelaciones (arts.41, 43 y 44). Es bueno agregar que el sistema de competencias de estos organismos no está diferenciado en cuanto a materia, sino que el criterio que utiliza la Ley es el de la limitación por monto, Vgr.: hasta 15 Salarios Mínimos Vitales y Móviles (S.M.V.M.) en el caso de reclamos ante la auditoría, o hasta 55 S.M.V.M. en el caso del procedimiento judicial especial, siempre que, claro está, se haya cumplimentado el requisito previo de la conciliación. Ley N°26.993, “Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, (18/09/2014).

Ahora bien, si se tomara como perspectiva a esta tarea de contemporización que, efectivamente, los jueces han ido realizando entre los criterios sentados por la Corte en “*Halabi*”, y los parámetros legislativos predichos en materia de usuarios y consumidores, el enfoque interpretativo resultante debería ser de la siguiente manera: **1.** para la identificación precisa del grupo o colectivo afectado se deberá certificar que la clase se corresponde con los requisitos de usuario y consumidor⁷⁸ que fija la norma consumeril; **2.** La idoneidad de quien pretenda asumir la representación del grupo o colectivo afectados se medirá conforme al criterio de legitimación regulado por la norma⁷⁹ sin admitir una exégesis más amplia al respecto; **3.** el encuadre del planteo procesal podrá estar basado en derechos colectivos indivisibles e individuales homogéneos de naturaleza extrapatrimonial o patrimonial en el marco de las relaciones de consumo con arreglo a las categorías reconocidas normativamente⁸⁰; **4.** en cuanto a los sistemas y medios de notificación⁸¹ y publicidad⁸² adecuadas, los mismos deberán corresponderse con las diferentes herramientas legisladas a tal efecto, aunque esta adecuación deba realizarse, claro está, recurriendo a la interpretación análoga de los mecanismos previstos. Además se prevé, tal como ya se había hecho notar oportunamente, un sistema de “*opt out*” en las causas relativas a la materia consumeril⁸³, algo que resulta compatible con la recomendación hecha por el Cimero Tribunal en cuanto a dejar abierta la posibilidad a que quien así lo desee, pueda apartarse del proceso; **5.** el último criterio comparativo a tener en cuenta entre lo propuesto y lo real y vigente en la actualidad, se enlaza con las herramientas de efectivo

⁷⁸ Art. 42, *Const. Nac. Arg.*, y arts. 1, 52 y SS., *Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240*, (15/10/1993), *Modif. por Ley N° 26.361* (03/04/2008).

⁷⁹ Art. 43 ^{2do} párr., *Const. Nac. Arg.*, y arts. 52 y 56, *Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240*, (15/10/1993), *Modif. por Ley N° 26.361* (03/04/2008).

⁸⁰ Arts. 42 y 43 ^{2do} párr., *Const. Nac. Arg.*, y art. 54, *Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240*, (15/10/1993), *Modif. por Ley N° 26.361* (03/04/2008).

⁸¹ Arts. 7 *in fine*, 10, 31, 32, 35, 37 y 53 *inc. J* de la *Ley N° 26.993*, “*Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo*”, (18/09/2014), y *supletoriamente*, arts. 133 al 149 del *Cód. Proc. Civ. Y Com. De la Nación Ley N° 17.454*, (27/08/1981).

⁸² Art. 54 bis, *Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240*, (15/10/1993), *Modif. por Ley N° 26.361* (03/04/2008).

⁸³ Art. 54, *Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240*, (15/10/1993), *Modif. por Ley N° 26.361* (03/04/2008).

acceso a la justicia por parte de los grupos afectados. A ello respondió, o pretendió hacerlo, la creación de nuevos órganos de sustanciación de conflictos en materia de usuarios y consumidores⁸⁴, como ya se ha dicho, y que, como apunta Verbic (2015) no focalizaron adecuadamente la problemática, ya que intentaron brindar solución a la falta de acceso tutelar con un sistema de especialización que si bien puede resultar útil, no responde a la necesidad específica planteada en “Halabi”, más relacionada con

...problemas que obedecen a la escasa cuantía de las pretensiones individualmente consideradas y a otras barreras de índole social y cultural que se reflejan en el desconocimiento que mucha gente tiene de sus derechos, la falta de percepción sobre su vulneración y la falta de confianza en el sistema de administración de justicia como institución capaz de brindar una respuesta adecuada a sus conflictos... (Verbic, 2015, pp.8)

Más allá de otorgar algunos elementos interesantes como los de celeridad y economía del proceso, así como los de acceso y patrocinio letrado gratuito para usuarios y consumidores.

Esta última perspectiva normativa es la que ha permitido, de alguna manera, que en la actualidad en la Argentina se pueda hablar de un sistema de tutela procesal colectiva en general, y en materia de consumo en particular, ya que si a lo observado aquí se le agrega la acumulación de precedentes que hubieron de sustanciarse como acciones colectivas atípicas o amparos propiamente dichos en otras áreas de conflicto socio-jurídico, se puede concluir lo que se planteaba al principio del punto, y es que los tribunales inferiores han ido absorbiendo, lenta y paulatinamente, los parámetros de tutela colectiva fijados, en general, por la Corte suprema, pero lo han hecho, en cada área con disímiles alcances, dentro de las limitaciones normativas que cada microsistema prescribe, sin dar lugar a una exégesis integral del procedimiento⁸⁵ que permita delimitar acabadamente sus caracteres particulares, *Vgr.*: el amparo colectivo por un lado, los llamados *Structural Case* en materia de derechos de incidencia colectiva de objeto indivisible por el otro, y las mencionadas acciones de clase como

⁸⁴ Ley N°26.993, “Sistema de Resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, (18/09/2014).

⁸⁵ *la Corte pretende esto al plantear la posibilidad de adecuar tanto las reglas de las “Class actions” Norteamericanas, como las de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, y las regulaciones previstas por el Código de consumo del Brasil al sistema Argentino como mecanismos de trámite procesal en general. (C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consids. 17 y 18).*

tipología adjetiva de tutela de prerrogativas con implicancias colectivas de objeto divisible.

Lo antedicho no hace más que acentuar la falencia legislativa procesal que aún pesa sobre el ordenamiento actual, ya que sostiene la construcción artesanal (y algo arbitraria en algunos casos), en desmedro de una única arquitectura instrumental integradora que permita uniformidad de criterio a la hora del tratamiento del conflicto colectivo o pluriindividual. En los próximos acápites se intentará, entonces, y a partir de este punto de partida, aportar una visión propositiva al respecto.

e. La Tutela Procesal Colectiva en el Derecho Comparado.

Para un correcto desarrollo de este punto, conviene advertir que se tomarán aquí como objeto de estudio a aquellos modelos procesales foráneos que fueran citados como referencia por la Corte Suprema en el *Leading Case “Halabi”*⁸⁶, no porque se interprete que son los únicos modelos útiles a fin de aportar novedades en la materia (existen, de hecho, algunos esquemas en ordenamientos extranjeros que contienen elementos más que interesantes como para explorar, como ya se verá en acápites posteriores), sino porque en esta ilación coherente que se pretende dar al capítulo, fundada en el tránsito entre la aparición de una tutela jurisdiccional colectiva a través de un tipo especial de acción de amparo, a la evolución planteada por el Cívero Tribunal en función de avanzar hacia la incorporación de un mecanismo procesal novedoso para el sistema nacional como es el de las denominadas acciones de clase, resulta innegable la influencia que han tenido los tres instrumentos adjetivos que aquí serán desmenuzados, y sobre todo uno de ellos que, sin lugar a dudas, se lleva la preferencia tanto de los estudios doctrinales como de la jurisprudencia precitada a la hora de trasfundir sus extremos al ordenamiento local. Ese sistema procesal del que se habla, y que será el primero a indagar, es el de las *Class Actions* de los Estados Unidos de Norteamérica.

⁸⁶ C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, Fallos 332:111 (24/02/2009).

La primera consideración a tener en cuenta acerca del sistema vigente en el vecino país del Norte, es que, en el mismo, la concepción supraindividual sustantiva, es decir, de un concepto análogo al de derechos de incidencia colectiva, no existe dentro del ordenamiento. Ello se debe, como se ha marcado en otro capítulo del presente trabajo, a que la perspectiva integral del derecho Norteamericano se cimenta en una mirada individualista de la relación del sujeto con el derecho. No obstante lo predicho, en este país es en donde más desarrollo han tenido las acciones de clase, aunque esto no se deba, naturalmente, a una colectivización jurídico-sustantiva, sino a la implementación de un mecanismo de agregación adjetiva que permite colectivizar procesos ante ciertas y determinadas circunstancias (Maurino, Nino y Sigal, 2005; Lorenzetti, 2010).

En efecto, la denominada *Rule 23*⁸⁷ resulta ser el vehículo instrumental para una amplia gama de acciones, sobre todo desde su reforma⁸⁸, tales como las relativas a “...consumidores, responsabilidad civil por daños personales, derechos civiles, antitrust, derecho ambiental, derecho laboral, discriminación y últimamente litigios en el sector financiero...” (Lorenzetti, 2010, pp.59). Para la plena operatividad de estas herramientas, la Ley ritual de marras exige una serie de prerequisites que será necesario corroborar a fin de admitir que uno o más miembros de una clase afectada pueda proceder a incoar la acción en representación de quienes no asisten al litigio, en pos de “...evitar abusos y proteger los derechos de los miembros de la clase que están ausentes...” (Lorenzetti, 2010, pp.59), ellos son:

- 1) “...Que la clase sea tan numerosa que resulte impracticable la participación de todos en el proceso...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.35).
- 2) “...Existan cuestiones de derecho o hecho comunes a la clase, que permitan una resolución judicial común a todos los miembros de ella...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.35).

⁸⁷ U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions.

⁸⁸ En 1966 la Regla 23 fue reformada en virtud de contemporizar a la norma con las reformas sociales que estaban ocurriendo en el país del Norte, sobre todo en materia de derechos civiles (Maurino, Nino y Sigal, 2005)

- 3) “...Los reclamos o defensas del representante de la clase sean típicos de los reclamos o defensas propios de la clase...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.35).
- 4) “...Pueda estimarse que el representante de la clase protegerá adecuadamente los intereses de sus miembros...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.35).

Una vez llenados estos extremos, la acción será admisible bajo alguna de las tipologías que prevé la Sección b⁸⁹ que, básicamente, se pueden agrupar bajo el parámetro de tres finalidades concretas que inspiran su utilización, a saber: **1.** Cuando el ejercicio individual de la acción pueda ocasionar un riesgo de sentencias inconsistentes o contradictorias respecto a los intereses en juego, o que cada cuota particular de éstos pueda verse perjudicada por su no participación en el proceso, impidiendo su aptitud para la protección de sus propios intereses; **2.** Cuando se imponga como indispensable una decisión jurisdiccional que involucre a todo el grupo afectado, en virtud de que tal menoscabo se produjo por la acción u omisión cometida de modo uniforme por parte del demandado; **3.** Cuando las cuestiones de hecho o de derecho comunes predominan por sobre las cuestiones individuales, y el procedimiento colectivo reporta, entre otros mecanismos disponibles, una forma más justa y eficaz para resolver la controversia. (Lorenzetti, 2010).

Otro aspecto digno de resaltar en el presente análisis es el correspondiente a las llamadas *notice to class members*⁹⁰, ya que en él se encuentra establecido todo lo referente al sistema de notificación para este tipo de procesos. Este elemento resulta de gran utilidad a los fines de definir la clase, al ser esa la vía para lograr la determinabilidad de los miembros del grupo afectado (Maurino, Nino y Sigal, 2005). El principio general en materia de notificaciones, más allá del método efectivamente empleado, es que el Juez tendrá la posibilidad de ordenar la notificación que crea más conveniente y adecuada, a los fines de informar a los miembros ausentes sobre la

⁸⁹ U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions, Section (b), “Types of Class Actions”.

⁹⁰ U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions, Section (c), “Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses”.

existencia de un proceso que involucra la defensa de sus intereses, siempre y cuando dé efectivo cumplimiento al objetivo de que, la misma, sea la mejor notificación posible dadas las circunstancias del caso⁹¹ (Lorenzetti, 2010). Tomando en cuenta el contenido de las notificaciones, las mismas deben informar sobre la posibilidad que tiene el miembro del grupo, dentro de un plazo específico, de autoexcluirse del proceso si así lo desea (opt out), sobre los efectos expansivos que ostentará la resolución que se dé a la controversia en trámite hacia todos los miembros que no hayan de excluirse de la misma, y sobre la posibilidad que cada afectado posee de participar en el trámite del proceso con el pertinente patrocinio letrado (Lorenzetti, 2010).

Las dos últimas cuestiones que ameritan análisis son las correspondientes a las facultades procesales que detenta el Juez, así como lo tocante a los efectos de la sentencia. En el primero de los rasgos se encuentra identificada una verdadera facultad de dirección del proceso. Este rol activo de los jueces en procura de efectivizar un eficiente control del desarrollo del litigio se ve reflejado en aspectos tales como el de evitar la repetición indebida de pruebas o argumentos, la consulta del tribunal a los miembros de la clase acerca del nivel de respeto de sus derechos durante el trámite, la supresión de cuestiones introducidas al mismo por personas que no forman parte de él, etc. (Lorenzetti, 2010). Lo más importante, quizás, de esta característica, radica en que los jueces son efectivos garantes de la ecuanimidad y eficacia de las acciones de clase en función de la protección de todos los intereses involucrados, inclusive los que respecta a la parte, o partes, demandadas.

La segunda cuestión se define en tres ejes fundamentales, a saber: **a.** las decisiones que se toman en este tipo de procesos tienen efecto *erga omnes*, es decir, su efecto será expansivo a todos aquellos que hayan participado en el litigio (que no hayan hecho utilización de su opción por salir del mismo) independientemente de la consecuencia beneficiosa o adversa que ello acarree; **b.** la sentencia posee efecto

⁹¹ Como apuntan Sánchez Cordero y Verbic (2014) en su traducción de la obra "Principles of the Law of Aggregate Litigation" (2010) del The American Law Institute (ALI), los medios y las formas de notificar varían conforme los tipos de acción tramitada, los costos que éstas han de insumir, las circunstancias y posibilidades que estén al alcance para realizarlas en un contexto histórico determinado (en términos prácticos o tecnológicos), siempre dentro de la idea de que la notificación sea la más apropiada en función de la finalidad perseguida, Vgr.: el Juez podrá ordenar la notificación mediante correo electrónico a cada uno de los particulares afectados, siempre y cuando éstos hayan sido previamente identificados y corroborada su pertenencia a la clase.

preclusivos, es decir que los demás miembros de la clase que no hayan participado en el litigio ni se hayan excluido de él, claro está, pueden oponer las cuestiones de hecho y de derecho ya decididas en el marco de la acción, sin que ello pueda admitir nuevas discusiones al respecto; c. el Tribunal que emite la sentencia se transforma en el encargado de la aprobación de todo desistimiento o conciliación que en el ámbito transaccional que admite este tipo de procedimientos se haya de producir. (Lorenzetti, 2010)

Siguiendo con la presente exploración, y manteniendo el sendero trazado por los considerandos de “*Halabi*”, es hora de detenerse en el sistema procesal español, en donde el pulso de las acciones colectivas lo marcará, principalmente, la Ley de enjuiciamiento Civil⁹² del año 2000. Como bien apunta Lorenzetti (2010), la precitada norma no es el único instrumento que aduna el sistema procesal español en materia de tutela colectiva, ya que coexisten allí diferentes leyes que prevén cuestiones esenciales para la resolución de emergencias conflictuales en clave supraindividual como, por ejemplo, lo atinente a la legitimación instrumental⁹³, pero si resulta ser la herramienta que mejor utilidad presenta para comprender las particularidades que encierra este tipo de mecanismos dentro del ordenamiento de la península Ibérica. Ya se han expuesto, oportunamente, las nociones introductorias del sistema español, así que, para su mejor comprensión, a ellas se remite⁹⁴; no obstante, es bueno volver a poner el acento en que el procedimiento de acciones de clase español está destinado, expresamente, a la tutela jurisdiccional de usuarios y consumidores, algo que guarda coherencia con la integralidad del ordenamiento de aquél país ya que, desde su propia constitución, el

⁹² Ley Española de Enjuiciamiento Civil 1/2000, (07/01/2000).

⁹³ El citado autor menciona, entre ellas, a la Ley 26/1984 “Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios” (19/07/1984) que reconoce legitimación procesal a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de intereses generales de éstos (art.20.1); Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 (02/07/1985) que dispensa amplia legitimación para la defensa de intereses colectivos que resulten afectados dentro de su ámbito de cobertura (art.7.3); Ley de Publicidad 34/1988 (15/11/1988) Legitimación colectiva en materia de tutela inhibitoria (arts.25 y ss.); Ley de Condiciones Generales de Contratación 7/1998 (14/04/1998) que prescribe distintos tipos de acciones colectivas (de cesación, retractación y declarativa de certeza); además de otros instrumentos en materias tales como propiedad intelectual, defensa de la competencia y medioambiente, en las cuales se ve patentada la amplia legitimación procesal de la que gozan asociaciones y organismos en procura de defender intereses pluriindividuales o transindividuales.

⁹⁴ Primera Parte, Capítulo I, Acp.f.” Los derechos de incidencia colectiva en el Derecho comparado”, pp. 56-59 del presente trabajo.

desarrollo normativo en la materia es abundante y muy específico. Por las mismas razones comentadas, la casuística que se ha producido en sus tribunales emerge frondosa en materia consumeril, más allá de existir, esporádicamente, acciones colectivas en otras áreas jurídicas (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

Desde el punto de vista de la determinación de los afectados por un mismo hecho, por ser éste el criterio utilizado por la normativa, estas acciones se dividen en dos categorías, a saber: **1.** Si el grupo afectado se encuentra determinado, o resulta fácilmente determinable, la calificación empleada será la de proceso colectivo⁹⁵; **2.** Si la pluralidad involucrada es indeterminada o de difícil determinación, se califica al procedimiento como de interés difuso⁹⁶. Quedan fijadas en la propia Ley, además, las pautas procedimentales para acciones tutelares frente a las cláusulas generales abusivas que, habitualmente, se dan en este tipo de relaciones jurídicas, tales como la acción de cesación: que implica un tipo de tutela preventiva e inhibitoria, la declarativa de existencia de tales cláusulas: algo que importa su inscripción obligatoria en un registro especialmente conformado al efecto, y la acción de retractación: que obliga a retractarse a quien hace utilización de tales instrumentos exorbitantes (Lorenzetti, 2010). Esta clasificación importa, como señala Lorenzetti (2010), una clara diferencia entre procesos basados en derechos individuales homogéneos (los primeros), y procesos basados en bienes colectivos indivisibles (los segundos). Vale la pena resaltar, además, que a diferencia del sistema Norteamericano en donde se observaba la presencia de acciones de clase sin que ello importe un expreso reconocimiento sustantivo de prerrogativas supraindividuales, el esquema de la Ley de enjuiciamiento española parte de la base que ambas categorías adjetivas consagradas servirán para tutelar derechos de esa tipología.

⁹⁵ “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. ...2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.”, Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España, (07/01/2000).

⁹⁶ “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. ...3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.”, Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España, (07/01/2000).

En lo tocante a la legitimación procesal para este tipo de acciones, la ley de rito precitada establece un amplio espectro que va desde las asociaciones de consumidores, con capacidad para el ejercicio de cualquier acción en defensa de los intereses generales de los consumidores, incluyendo acciones colectivas y difusas; entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa y protección de usuarios y consumidores, sólo habilitadas para ejercer acciones colectivas; entidades habilitadas por la normativa de la Unión Europea para el ejercicio de las acciones de cesación en materia de consumo; el Ministerio Público Fiscal para ejercitar cualquiera de las acciones reseñadas; hasta los grupos de afectados por un hecho dañoso para el ejercicio de acciones colectivas únicamente.⁹⁷

Sobre esta última clase de legitimados, vale la pena efectuar un análisis más profundo, en virtud de lo novedoso que resulta tal instituto. Esta capacidad para ser parte de los “...*los propios grupos de afectados...*”⁹⁸, que se encuentra circunscripta a las acciones colectivas por daños a derechos individuales homogéneos del art. 11.2, cobra relevancia, en primer término, porque para poder incorporar tal capacidad al proceso se deben corroborar dos requisitos intrínsecos excluyentes, tal y como es el que Ferreres Comella y López De Argumedo (2012) denominan como de *accionabilidad* o *procedibilidad*, y aquel que se podría calificar como un requisito de representatividad efectiva de la clase afectada, que se traduce en la exigencia de que el grupo concurrente al proceso constituya la mayoría de los afectados por el hecho.

En cuanto al primer requisito, la Ley bajo estudio fija, en su art. 15.2⁹⁹, la obligatoriedad de comunicar previamente a todos los afectados por el hecho dañoso el propósito de impetrar la demanda a fin de que éstos puedan tener la posibilidad de participación futura en la misma, comunicación que podrá realizarse extrajudicialmente

⁹⁷ Art. 11 y ccdtes, *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España, (07/01/2000)*.

⁹⁸ Arts. 6.1.7 y 11.2 *in fine*, *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España, (07/01/2000)*.

⁹⁹ “Artículo 15. *Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios...*2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.”, *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España, (07/01/2000)*.

o con la colaboración de la magistratura judicial conforme lo establece la ley de rito¹⁰⁰. Esto importa dos efectos bien definidos, el primero tendrá que ver con la efectiva composición del grupo afectado, es decir, del cumplimiento de esta forma dependerá la efectiva determinación de la clase, parámetro ineludible para la acción colectiva ibérica. El segundo efecto de la regla precitada radica en que opera aquí una suerte de “*opt in*” respecto del proceso, que se traduce, como apunta Lorenzetti, en que

...debe comunicarse a cada miembro de la clase... [La presentación de la acción colectiva por parte del grupo demandante]...y ellos pueden intervenir adhiriendo a una demanda que no han promovido...pueden intervenir en el proceso en cualquier momento, aunque sólo podrán realizar los actos procesales que no hubieran precluido al tiempo de la intervención... (Lorenzetti, 2010, pp.66)

El segundo requisito a cumplir para que el grupo demandante sea habilitado a tal efecto es que, el mismo, debe representar, cuantitativamente, a la mayoría de los afectados por el hecho dañoso. Va de suyo que este requisito es un desprendimiento intrínseco del primero que se observara en párrafos previos, ya que sería imposible determinar cuán representativo es el grupo que inicia la acción del universo de afectados, si previamente no se certificara esa cantidad. La singularidad de esta pre-clase¹⁰¹ es que, la misma, se encumbra como “*...una singular solución para los problemas que generan la participación, la legitimación procesal y los alcances de las decisiones en las demandas de contenido colectivo...*”¹⁰² que diferencia al sistema español de otros ordenamientos análogos. Quizás sea oportuno señalar que la doctrina en la nación europea no ha sido del todo receptiva respecto a estos requisitos, ya que se los ha criticado por las dificultades que presenta tanto la determinabilidad previa de todos los afectados y, por ende, la fijación de la mayoría capacitada para ser parte a lo

¹⁰⁰ “Artículo 256. Clases de diligencias preliminares y su solicitud. 1. Todo juicio podrá prepararse: ...6° Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.” , Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España, (07/01/2000).

¹⁰¹ Como bien enseña Marín López (2001) estos grupos se constituyen previamente al proceso y de manera extrajudicial, pesando sobre ellos la acreditación de los extremos exigidos por la ley.

¹⁰² C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.18.

largo de este tipo de procesos (Marín López, 2001), como de la rigurosidad que este tipo de tamices ha provocado en la valoración de los jueces a la hora de dar curso a procesos de esta categoría (Ferrerres Comella y López De Argumedo, 2012). Estas apreciaciones son de mucha utilidad a fin de comprender en torno a qué aspectos giran las dificultades de una legitimación de esta clase, pero de ninguna manera eliminan la originalidad y el valor de interés que la misma despierta.

Por último, cabe agregar que en cuanto a efectos de la sentencia, la Ley de enjuiciamiento civil sigue, para ambas categorías de proceso, el criterio de la determinabilidad, tal como apunta Lorenzetti (2010). Esto significará que, en el caso de las acciones de tipo colectivo, “...la sentencia precisará a quiénes alcanza, fijando los datos necesarios para exigir el cumplimiento...” (Lorenzetti, 2010, pp.66). Pero además, como advierte el autor precitado, la ley establece que la cosa juzgada se extenderá, tanto en su perjuicio como en su beneficio, “...a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley...”¹⁰³, algo que invita a colegir que el sistema español posee un efecto expansivo basado en los caracteres que definen a la clase determinada en el proceso, independientemente de que los sujetos comprendidos por ella no hayan concurrido al mismo. Es por ello que, también, en caso de no ser posible establecer el monto del resarcimiento durante el proceso, la sentencia en este tipo de acciones fija las bases para que cada individuo, en condiciones análogas a la clase ya determinada, pueda proceder a su ejecución a posteriori (Lorenzetti, 2010). En el caso de las acciones difusas “...la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante...”¹⁰⁴ pudiendo, además, llevar a cabo el procedimiento especial que la propia ley autoriza en su art. 519¹⁰⁵.

¹⁰³ Art. 222.3, Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España, (07/01/2000).

¹⁰⁴ Art. 221.1.1º In Fine, Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España, (07/01/2000).

¹⁰⁵ “Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados. Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El

El tercer ordenamiento a explorar es, quizás, el más abundante en elementos de interés, ya sea porque el sistema dimensional supraindividual se encuentra, al igual que en la Argentina, reconocido constitucionalmente¹⁰⁶, tal como ya se ha observado en otro capítulo del presente trabajo, ya sea porque su desarrollo de herramientas adjetivas ofrece un amplio esquema de cobertura anclado, principalmente, en dos instrumentos normativos esenciales como son la Ley de Acción Civil Pública¹⁰⁷ y el Código de Protección del Consumidor¹⁰⁸, pero que prevé, además, y dentro de su plexo constitucional, al Mandato de Seguridad Colectivo¹⁰⁹, instituto análogo al amparo colectivo previsto en la Carta Fundamental Argentina, y leyes especiales como la de protección de personas discapacitadas¹¹⁰, o la encargada de tutelar derechos de niños, niñas y adolescentes¹¹¹. El ordenamiento que aquí se analiza es el correspondiente a la República Federativa del Brasil.

No se va aquí a redundar sobre la estructura sustantiva Brasileña porque ello ya se ha hecho oportunamente¹¹², sólo vale mencionar que el sistema de protección jurisdiccional del vecino país se basa en tres tipologías bien definidas: derechos difusos

Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.”, Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España, (07/01/2000).

¹⁰⁶ *Constitución de la República Federativa Del Brasil, (05/10/1988).*

¹⁰⁷ *Lei N° 7347/85, Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, (24/07/1985).*

¹⁰⁸ *Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).*

¹⁰⁹ *“Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: ...69. El mandamiento de seguridad colectivo puede ser imperado por: 1. un partido político con representación en el Congreso Nacional; 2. una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde hace un año por lo menos, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados;”, Constitución de la República Federativa Del Brasil, (05/10/1988).*

¹¹⁰ *Lei N° 7853/89, Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdiccional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências, (24/10/1989).*

¹¹¹ *Lei N° 8069/90, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, (13/07/1990).*

¹¹² *Ver Primera Parte, Capítulo I, Acp. f.” Los derechos de incidencia colectiva en el Derecho comparado”, pp. 51-53 del presente trabajo.*

transindividuales indivisibles que atañen a la comunidad en general; derechos colectivos transindividuales indivisibles que atañen a una comunidad definida por una circunstancia común preexistente; y derechos individuales homogéneos, pluriindividuales y divisibles, que atañen a un grupo determinado o determinable de sujetos afectados por un hecho común (Gidi, 2004). Bajo este cuadro se desenvuelve todo un sistema procesal de acciones colectivas que contienen una serie de rasgos particulares que ameritan el traerlos a colación de la presente indagación, tal como se verá a continuación.

El cuadro adjetivo Brasileiro se estructura, en resumen, de la siguiente manera:

- ⇒ ***Una tutela procesal colectiva de raigambre constitucional (mandato de segurança coletivo***¹¹³): diseñado para la protección general de los derechos transindividuales reconocidos por el ordenamiento brasileiro (difusos y colectivos); la legitimación procesal para impetrar este tipo de recurso puede recaer sobre un partido político con representación parlamentaria, o una asociación sindical, de clase o legalmente constituida que pueda acreditar funcionamiento efectivo durante un año por lo menos, y represente la defensa de intereses de sus miembros y asociados; el proceso es sumarísimo y el contenido de la sentencia puede prever obligaciones de hacer y no hacer; la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes* (Maurino, Nino y Sigal, 2005; Gidi, 2004).

- ⇒ ***Una tutela procesal colectiva con alcances estructurales en cuanto a su resolución (Lei ação civil pública; Lei de proteção do consumidor e dá outras providências)***: idónea para el tratamiento estructural de cuestiones de afectación a bienes jurídicos difusos. Conforme a lo establecido por el Título III del Código de Protección de consumidores y usuarios, el sistema adjetivo allí previsto se encumbra como una suerte de mecanismo general aplicable a todas las áreas jurídicas¹¹⁴; la

¹¹³ Art. 5, inc.69, Constitución de la República Federativa Del Brasil, (05/10/1988).

¹¹⁴ TÍTULO III. Da Defesa do Consumidor em Juízo; CAPÍTULO I. Disposições Gerais; arts. 81 al 90, Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).

legitimación procesal recae sobre el ministerio público, personas jurídicas estatales o mixtas (Estados, municipios, empresas públicas o mixtas), y personas jurídicas privadas que cumplan iguales requisitos que en el caso del mandato de seguridad (tiempo de existencia efectiva), y cuyo objeto institucional se enrole en la defensa de derechos transindividuales¹¹⁵; este tipo de acciones prevén una investigación preliminar a llevar a cabo por el ministerio público, en la que las partes se encuentran obligadas a prestar toda la colaboración que sea necesaria bajo sanción penal (pena de reclusión y multa), a fin de meritar, mediante resolución fundada, la procedencia, o no, de la acción impetrada, quedando en manos del tribunal la decisión de dar inicio al proceso¹¹⁶; existe, además, la posibilidad, previo al proceso, de efectuar un compromiso de adecuación extrajudicial entre la parte investigada y el ministerio público, pero ello no importa ningún tipo de transacción en torno a los derechos en juego; la sentencia puede acarrear obligaciones de hacer o no hacer, bajo pena de ejecución específica y/o multa diaria, en función de las amplias facultades del Juez como director del proceso, pero también puede acarrear el pago de una indemnización pecuniaria, ya sea porque ese era el objeto perseguido por la pretensión original, o por la imposibilidad de cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, en cuyo caso se constituye un fondo de compensación y reparación que deberá ser administrado por el ministerio público y representantes de la comunidad, a fin de recomponer los bienes conculcados; la cosa juzgada será *erga omnes* dentro de los alcances de la competencia territorial del tribunal, con la salvedad de que si la acción fuera juzgada improcedente por insuficiencia de pruebas, podría volver a incoarse

¹¹⁵ Art. 82, Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).

¹¹⁶ Art. 9º, Lei N° 7347/85, Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, (24/07/1985).

bajo el fundamento de existencia de nuevas pruebas (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

⇒ *Una tutela procesal colectiva de clase, o acciones de clase (Lei de proteção do consumidor e dá outras providências)*: este mecanismo es el consagrado para la tutela de derechos colectivos¹¹⁷ e individuales homogéneos¹¹⁸. En cuanto a los primeros, el procedimiento se centra en la conformación de una clase o categoría que comprende a todos los sujetos ligados entre sí, o con el causante de la afectación, por una relación jurídica preexistente, es decir, por una relación jurídica común, o categoría jurídica (ej.: consumidores, estudiantes, pacientes de un sanatorio, etc.), y que viene a ser lo que define la extensión de la tutela de los miembros de esa categoría de manera indivisible y transindividual. En cuanto al segundo supuesto, el mismo implica, dentro del sistema brasilero, “...la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales (*class actions for damages*)...” (Gidi, 2004, pp.61); en cuanto a la legitimación procesal, y al igual que en las acciones ya vistas en los apartados previos, se encuentran habilitados el ministerio público (éste participa siempre en la acción, ya sea como parte o como defensor de la ley), las personas jurídicas estatales o mixtas (Estados, municipios, empresas públicas o mixtas), y personas jurídicas privadas (organizaciones no gubernamentales) bajo los extremos ya vistos en las anteriores tipologías adjetivas, consagrando la particularidad, incluso en el caso de las acciones en defensa de derechos individuales homogéneos, de no admitir ni la legitimación de un individuo afectado como representante de la clase, ni de un grupo de afectados; la clase, como ya se dijo, se conformará de acuerdo a la naturaleza del derecho

¹¹⁷ Art. 81.II, Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).

¹¹⁸ TÍTULO III. Da Defesa do Consumidor em Juízo; CAPÍTULO II. Das Ações Coletivas Para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos; arts. 91 al 100, Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).

afectado: *Vgr.*: la clase de consumidores en el caso de afectación al derecho colectivo transindividual e indivisible de usuarios y consumidores, o de acuerdo al origen común del daño que impacta sobre un conjunto de individuos: *Vgr.*: un grupo de consumidores particulares afectados, masivamente, por un mismo hecho (Gidi, 2004); en cuanto a los procedimientos de clase relativo a esta última especie, el sistema prevé, por un lado, la publicación de edictos, por parte del Juez, a través de los órganos oficiales, más la difusión, por el otro, a través de los medios masivos de comunicación que queda a cargo de las organizaciones no gubernamentales legitimadas, a fin de divulgar la existencia del proceso y permitir que los particulares damnificados puedan concurrir a integrarse a la clase; las sentencias, en las acciones de clase en defensa de derechos colectivos, pueden prever obligaciones de hacer, de no hacer, o indemnización pecuniaria ya sea porque ese era el objeto pretendido en la acción, o porque se torna imposible el cumplimiento de la obligación exigida por el decisorio. Al igual que en los procesos de tipo estructural, el Juez posee amplias facultades como para ir adoptando las providencias que mejor se arreglen a la ejecución efectiva de la sentencia¹¹⁹. En el caso de las acciones sobre derechos individuales homogéneos, la condena se centrará en la reparación de los daños genéricos y comunes a toda la clase, quedando expedita la vía para la liquidación y ejecución de las reparaciones individuales conforme activen esa vía los legitimados antes mencionados, o por la propia concurrencia de los particulares damnificados o sus herederos¹²⁰. Puede darse, en el contexto de estas acciones, que transcurrido un año de la sentencia no se haya corroborado la habilitación de suficientes ejecuciones individuales por parte de particulares interesados, siempre teniendo en cuenta la relevancia de

¹¹⁹ Art. 84, *Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990); art.11 y ccdtes., Lei N° 7347/85, Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, (24/07/1985).*

¹²⁰ Arts. 95, 97 y 98, *Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).*

esa concurrencia en virtud de la gravedad del daño, ante lo cual, los legitimados previstos por el ordenamiento brasileiro podrán solicitar al tribunal la ejecución de la indemnización debida en un fondo especial creado a tal efecto¹²¹; respecto del alcance de la cosa juzgada, en el caso de las acciones de clase sobre derechos colectivos, su efectos serán *ultra partes*, es decir, con alcance limitado al grupo o categoría ligada por una cuestión común de derecho, salvo que se corrobore el mismo supuesto previsto en el caso de las acciones difusas (ausencia o improcedencia de material probatorio) en cuyo caso, quedará abierta la posibilidad de impetrar una nueva acción de la misma naturaleza¹²². En el caso de las acciones de clase sobre derechos individuales homogéneos, los efectos de la cosa juzgada serán *erga omnes* a fin de garantizar, siempre y cuando la acción sea procedente, que puedan beneficiarse con la sentencia todos los particulares damnificados, y sus sucesores, alcanzados por el hecho dañoso¹²³. Es de hacer notar, además, que la ley de rito brasileira prevé, respecto a los alcances de la cosa juzgada, diversos efectos que ameritan ser contemplados por la normativa de marras, a saber: el rechazo de una acción colectiva no importa perjudicar los intereses individuales de cada uno de los miembros de la clase, pudiendo éstos accionar individualmente por cuestiones vinculadas al factor colectivo ya juzgado¹²⁴. En el caso de procesos sobre derechos individuales homogéneos, su rechazo no importa la posibilidad de que quienes no asistieron al mismo puedan hacer efectivo su reclamo de manera individual¹²⁵, asimismo, tampoco importará un perjuicio sobre las acciones por daños personales que, ulteriormente, pudieran llevar a cabo quienes han concurrido al

¹²¹ Art. 100, Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).

¹²² Art.103.II, Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).

¹²³ Art.103.III, Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).

¹²⁴ Art.103.III, § 1º, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).

¹²⁵ Art.103.III, § 2º, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).

proceso¹²⁶; por último, también prescribe la ley que todas las acciones de este tipo, acciones de clase colectivas y acciones de clase sobre derechos individuales homogéneos, no producen litispendencia alguna respecto a procesos individuales sobre el mismo asunto pero, para poder beneficiarse el particular de los efectos de estas acciones, deberán solicitar la suspensión del proceso individual¹²⁷ (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

En definitiva, y más allá de las acertadas críticas que Antonio Gidi (2004) realiza sobre la necesidad de abandonar el exceso de abstracciones terminológicas y ritualismos procedimentales en aquél orden jurídico, el sistema procedimental brasilero ofrece alternativas más que interesantes e, inclusive, mucho más amigables, desde el punto de vista de su adaptabilidad al ordenamiento argentino, que las *Class Actions* norteamericanas, y ello se fundamenta, además de la innegable condición análoga en la estructura sustantiva de ambos ordenamientos, en la posibilidad más amplia de cobertura que ofrecen las tipologías instrumentales reseñadas, conjuntamente al panorama de oportunidad que subyace en tomar como parámetro a estos mecanismos en procura de enarbolar un sistema autóctono, con las particularidades, claro está, que la cultura jurídica argentina presenta e impone.

Esta evaluación, desde el punto de vista que aquí se sostiene, es la que la Corte ha querido dejar expresada en “*Halabi*” a fin de ser tomada como eje rector de cualquier proyección legislativa en materia de acciones colectivas en el país, y es, en conclusión, el criterio desde el que se parte en el presente trabajo, para afirmar que, en materia supraindividual resulta imperioso avanzar hacia una estructura procedimental que admita mecanismos como los expuestos en el punto anterior (amparo colectivo, acciones colectivas con alcance estructural y acciones de clase en clave bidimensional) en procura de dar soluciones jurisdiccionales efectivas a los diferentes tipos de emergencias conflictuales supraindividuales que se observan en la dinámica social argentina. Estos modelos foráneos, y sus aspectos más relevantes, conforman un núcleo

¹²⁶ Art.103.III, § 3º, *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).*

¹²⁷ Art. 104, *Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).*

de referencia y antecedente insoslayable a la hora de poner en práctica los objetivos trazados por el cimero tribunal de la nación.

f. Tutela procesal colectiva y bidimensional

Durante el recorrido del presente capítulo, se ha intentado brindar una visión profunda sobre lo que ha implicado la irrupción de la tutela procesal colectiva en la Argentina. Por supuesto que el primer punto de análisis se centró en la figura del amparo colectivo, ya que ha sido el primer mecanismo apto para evacuar al conflicto supraindividual, y el mecanismo, además, desde el que se han ido ensayando las diferentes construcciones jurisprudenciales que arriban, al final de tal camino, a la recepción pretoriana de un tipo de procedimiento estructurado, y con mayor capacidad para el debate, así como para garantizar, de manera más efectiva, los derechos de las partes, tal y como es el de las acciones de clase.

Se ha podido apreciar, también, que las acciones de clase argentinas son una realidad en materia tutelar de derechos de usuarios y consumidores¹²⁸, tanto en la esfera de daños patrimoniales como en la órbita de afectaciones extrapatrimoniales (Lorenzetti, 2010). También se ha podido advertir cuales son los alcances de este tipo de tutela procesal en el ámbito del derecho comparado, lo cual permite reflexionar acerca de las posibilidades de aplicación práctica que esta herramienta podría tener en el sistema local de manera extensiva hacia otras áreas, además de la ya cubierta; reflexión que, en la hora, se impone como mandato, sobre todo, desde que el supremo tribunal nacional hiciera su propia evaluación del tema *in re* “Halabi”¹²⁹.

¹²⁸ Esa es la interpretación instrumental que la Corte suprema ha hecho del Art. 54, Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios N° 24.240, (15/10/1993), Modif. por Ley N° 26.361 (03/04/2008), en autos “C.S.J.N., “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”, Id Infojus: FA13000127, (21/08/2013)”.

¹²⁹ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009).

Ahora bien, antes de comenzar a desarrollar las particularidades del proceso colectivo mentado en función de su cobertura tutelar integral, es decir, de ampliar los horizontes de aplicación de este instrumento a todo el sistema de tutela procesal en materia de responsabilidad civil por daño a derechos de incidencia colectiva, vale la pena detenerse en la interacción que presupone la adopción de un procedimiento adjetivo determinado con una concepción sustantiva singular como resulta ser la de los derechos bidimensionales. Básicamente, lo que aquí se pretende fijar son los aspectos particulares que el proceso adquiere a partir de la tesis propugnada ya que, una vez planteado el rasgo identitario que le da nombre a ciertas emergencias conflictuales, lo siguiente es observar las pautas más adecuadas para resolverlas, y para ello es fundamental tener en claro cuál es la estructura adjetiva de la que se parte para hacerlo.

El tema amerita hacer algunas precisiones sobre sus lineamientos generales dado que, una vez comprendida la noción de que existen afectaciones capaces de producir consecuencias en ambas esferas de una misma prerrogativa, se impone la idea de articular un procedimiento que contemple extremos solutorios tanto en el plano resarcitorio individual, como en el plano estructural colectivo. En este contexto, es que lo que desde aquí se promueve es la posibilidad de confeccionar un mecanismo procesal que permita la plena reparación en la esfera individual desde dos aristas: la de las consecuencias homogéneas, que permite calificar y cuantificar el piso de daño común al grupo afectado y, por vía incidental, el resarcimiento individual propiamente dicho. En cuanto a la reparación dimensional colectiva, lo que aquí se propone es que sea la misma acción de clase, siempre y cuando se trate de afectaciones a prerrogativas de este tipo, el contexto adecuado para brindar soluciones a la cuestión de interés social subyacente, a través del mecanismo decisorio estructural, definido por Verbic (2012) como

...un "remedio híbrido" conformado por diversas mandas y herramientas de gestión para la implementación del caso debidamente seleccionadas y ensambladas por el juez dentro de una misma decisión. Entre éstas pueden contarse, por ejemplo, una supervisión judicial continua, mecanismos para reunir información, designación de expertos para cumplir ciertas actividades, y diversos tipos de mecanismos de resolución alternativa de conflicto para operar al margen del propio proceso...
(Verbic, 2012, pp.75)

Algo que incorpora, de manera definitiva, al denominado por Lorenzetti (2010) activismo judicial en temas de interés público y que, desde la posición aquí sostenida, conforma el verdadero espíritu de “*Halabi*” al plantear al interés social relevante como sinonimia de la incidencia colectiva de los derechos. Este activismo, entonces, se transforma en un imperativo procedimental siempre que se registre una afectación bidimensional, en la cual ya no estará en juego el patrimonio y la integridad de un conjunto determinado o determinable de individuos, sino la relevancia supraindividual que adquiere la necesidad de protección efectiva de un derecho.

Ya se han hecho, en otra sección del presente capítulo, consideraciones acerca de la especial relevancia que asumen tanto la *causa* como el *objeto* en la pretensión procesal en general contando, para tales apreciaciones, con el inestimable apoyo de la obra de los Dres. Maurino, Nino y Sigal (2005) quienes, aun antes del *Leading Case* en materia de acciones colectivas, pusieron sobre la mesa toda una doctrina sobre la materia. En aquellas consideraciones se advertía que del juego de relaciones entre estas dos variables intrínsecas del núcleo pretensivo procesal, se desprendían las combinaciones posibles que definían la caracterización colectiva, o no, en cada caso. Dentro de esas relaciones, hay dos que merecían especial atención; la variable compuesta por una causa individual y un objeto pretensivo colectivo, y la variable compuesta por una causa colectiva y objeto también colectivo, siendo esta última la única considerada por los autores como supuesto de caso colectivo, dada la condición de la *causa petendi* en la primera de ellas. En ellas se encontraba, de manera insoslayable, una regularidad que permitía suponer su evolución hacia una categoría contenedora de ambas, como es la de causa y objeto pretensivo bidimensional. Tal evolución se imponía, claramente, desde la comprensión de que, ante la manera de ser de ciertos bienes jurídicos, los elementos objetivos de una pretensión procesal ante su afectación no pueden circunscribirse sólo a la apropiación individual de ese bien, o sólo a la pertenencia colectiva del mismo.

Lo predicho viene a ser la verdadera novedad dentro del sistema jurídico patrio, ya que lo que allí se encumbra es la posibilidad de que en un mismo proceso se pueda resolver una emergencia conflictual supraindividual de manera estructural, dada la naturaleza bifronte o bicéfala de la *causa petendi*, e independientemente de que quien encarne tal pretensión, sea un damnificado individual o una colectividad de ellos. El

cambio paradigmático que desde el presente trabajo se promueve en cuanto a que el alcance y sentido que adquiere la incidencia colectiva plasmada en la Carta Magna a partir de su reforma en 1994 importa, en verdad, una reestructuración dimensional de gran parte de los derechos allí reconocidos, y tradicionalmente considerados sólo en su esfera de apropiación subjetiva, implica, lógicamente y por carácter transitivo, una modificación conceptual de los mecanismos instrumentales más idóneos a fin de garantizar su tutela efectiva, siendo el mentado camino de las acciones colectivas el principio de su respuesta, más no su solución integral.

Por ello, y por la necesidad de brindar soluciones abarcativas y eficientes a los nuevos tipos de conflictos que hoy enfrenta la sociedad, es que se impone la idea de profundizar un mecanismo procesal que contenga a las variables pretensivas antes descritas, y no solamente como aspectos formales de entrada y salida de los litigios, sino como toda una nueva manera de concebir a la capacidad de respuesta de los estrados judiciales ante las demandas jurídicas insatisfechas de manera estructural.

Los eminentes autores precitados plantean que las principales discusiones respecto a estos temas se dirimen, o deberían hacerlo, en tratar de eliminar las aparentes discordancias existentes entre un paradigma procesal que promueva funciones, finalidades y efectos colectivos y los ejes centrales del sistema adjetivo tradicional que se definen a través de las garantías del debido proceso como dinámica clásicamente asociada al modelo bilateral con fuerte anclaje individualista (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Esta dicotomía planteada se presenta sólo como aparente, en el análisis de los autores, y en posición que aquí se comparte, ya que en cuanto al debido proceso propiamente dicho, es la propia hermenéutica supranacional sobre una garantía de rango constitucional, la que ha echado por tierra cualquier concepto alambicado en el individualismo o la defensa estoica de un sistema determinado, al afirmar que

...el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos... no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de

*requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales...*¹³⁰

La adecuación de la garantía judicial del debido proceso sobre la tutela procesal bidimensional, entendida como un supuesto de tutela colectiva, debería, entonces, corresponder su observancia con una nueva concepción de sus dos aspectos fundamentales e intrínsecos: el acceso a la justicia y el derecho de defensa, ya que ello supone tanto la efectiva remoción formal de obstáculos para los justiciables, mediante herramientas institucionales que la promuevan, además de propiciar ciertos recaudos mínimos para garantizar la defensa relevante de las partes en litigio (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

En cuanto al acceso a la justicia como garantía para la ciudadanía, basta recordar las palabras que la propia CSJN ha expresado en autos “*Halabi*” al sostener que a tal acceso debe dotársele de la suficiente eficacia como para poner a resguardo su plena operatividad, teniendo en cuenta que tal virtud debe fundarse en promover, justamente, el remedio legal necesario para tutelar un derecho, sin circunscripción operativa que transforme en ilusoria, o de difícil consecución, su viabilidad. En tal sentido, el señero fallo resignificó la cuestión, toda vez que esclareció la plena operatividad del art.43 2^{do} párr. y resolvió que en pos de facilitar la garantía de acceso a la justicia era obligatorio para los jueces el darle plena eficacia¹³¹.

De acuerdo a este paradigma, y tomando en cuenta el modo de ser de las prerrogativas aquí estudiadas, es que se impone la necesidad de considerar un tipo de procedimiento que prevea tanto la más amplia legitimación procesal en términos prácticos, es decir, la posibilidad de que un damnificado particular, el defensor del Pueblo o las asociaciones que tengan como objeto la defensa de prerrogativas con implicancias colectivas en sentido amplio, puedan impetrar acciones cuya causa o motivo de pedir esté anclada en la bidimensionalidad del bien conculcado y su objeto pretensivo represente la finalidad de plenitud reparatoria en ambas esferas, ya que la recomposición estructural puede resultar muy atractiva en cuanto a lo colectivo pero

¹³⁰ Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts. 27.2, 25 Y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de Octubre de 1987, Serie A N° 09, párr. 27.*

¹³¹ C.S.J.N., *Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.12*

insuficiente como para contemplar los efectos dañosos en la órbita particular de cada uno de los afectados¹³², o a *contrario sensu*, y tal como se puede observar en casos como “*Asociación Benghalensis*”, según lo apreciado por Maurino, Nino y Sigal (2005), se remediaron menos de una decena de situaciones en la esfera individual pero, más allá de marcar un sensible avance estructural en un principio, al no poseer la sentencia tales alcances, terminó permitiendo, eventualmente, que el sistema disvalioso que había ocasionado la afectación primitiva volviera a funcionar en todo su esplendor, menoscabando nuevamente a los bienes jurídicos que se hallaban conjugados en el caso y propiciando una escalada de reclamos judiciales por las mismas causas, algo que, como se sobreentiende, se constituye en un obstáculo reñido con la idea de acceso jurisdiccional ya explicado.

En cuanto a la garantía de defensa en juicio, la tutela jurisdiccional colectiva en general, y la bidimensional en particular, habrá de centrar su eje en cinco aspectos insalvables, como son: **1.** la participación o exclusión respecto al proceso y sus efectos; **2.** la asesoría letrada adecuada; **3.** el sistema más idóneo para el ofrecimiento de prueba; **4.** la igualdad procesal de las partes; tanto es su faz intrínseca, como en lo atinente a su equilibrio bilateral; **5.** el rol del juez durante el proceso. Estos elementos son el foco de apreciación que signará una ingeniería adecuada a fin de garantizar la previsibilidad y legalidad de este tipo de procesos.

Ya se ha hecho referencia en el presente capítulo a las cuestiones relativas a la opción que poseen quienes no han participado activamente de un proceso de estas características y, sin embargo, pueden verse afectados por él, por ello a esa evaluación se remite¹³³. Lo que si conviene agregar, dado que aquí se están planteando lineamientos de una tipología procedimental diferente, más abarcativa, es que la opción por la exclusión y la opción por la inclusión (*opt out* y *opt in*) ya incorporadas al ordenamiento jurídico local¹³⁴, sólo procederá, teniendo en cuenta la bifrontalidad del

¹³² Los ejemplos vistos al momento de recorrer el tema del daño resarcible. Ver Primera Parte, Capítulo III, Acp. d, pp.228 y ss.

¹³³ Ver Segunda Parte, Capítulo V, Acp. c, pp.

¹³⁴ “...La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga...”, Art.54, Ley

proceso, respecto de la determinación de daños y perjuicios en condiciones de identidad en cuanto a los grupos de damnificados certificados por las clases en juicio, ya que tal opción participativa no podría predicarse respecto a las obligaciones estructurales, y sus efectos, demandadas por la clase y ordenadas por la con. si subyace allí, no obstante, el deber del tribunal de arbitrar los medios para que, en un estadio posterior como es el de implementación y supervisión de cumplimiento de la sentencia, los terceros puedan ser escuchados en todo y cuanto haya de afectarles la decisión en curso de ejecutoriedad.

En lo tocante a la asesoría letrada adecuada, lo que aquí se intenta remarcar es que, dada la naturaleza bidimensional del proceso, es decir, la existencia de una pretensión que persigue tanto un remedio estructural como de clase, la idoneidad, solvencia técnica y capacidad de manejo de los extremos procesales antedichos debe ser incuestionable y, para ello, deviene preciso encontrar un criterio instrumental que permita garantizarlo, siendo dos las aristas que pueden encaminar el tema en tal sentido; la posibilidad de conformar, dentro del mismo procedimiento, juntas de letrados a fin de conjugar los intereses comunes de los grupos damnificados y la dirección central del reclamo estructural, propiciando una simplificación adecuada. Esto se impone ya que, en determinados procesos podría darse el esquema de concurrencia de varios grupos damnificados, o de varias asociaciones, por lo que la existencia de múltiples asesores profesionales deviene inevitable. La segunda arista a tomar en cuenta respecto al tema, es la atinente a la adecuada representatividad profesional, es decir, a los parámetros de solvencia e idoneidad que los abogados deben llenar. En torno a ello, resulta muy interesante el aporte del Dr. Salgado (2014) quien en su propuesta de proyecto de Ley de procesos colectivos ensaya una lógica de parametrización de requisitos a cumplimentar a fin de ser admitidos como representantes de las partes en el litigio. En efecto, en el art. 7 de su propuesta se faculta al juez, en su calidad de director del proceso, para certificar el cumplimiento de los parámetros del art. 6 del mismo cuerpo, *Vgr.: requisitos tales como “...la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia;... los antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo;... su conducta en otros procesos;...”* (Salgado, 2014, pp.25), a fin

Nº 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley Nº 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley Nº 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

de decidir sobre la admisión, designación o remoción de los abogados que concurran al proceso bajo los recaudos transcritos u otros que pudieran surgir.

Por último respecto a este punto, y más allá que el tema se profundizará en el próximo capítulo del presente trabajo, es importante remarcar que, desde la posición que aquí se sostiene respecto a esta ingeniería adjetiva, la participación de la Defensoría del Pueblo como representante de la pretensión estructural deviene necesaria y no pensada sólo desde el sitial de legitimado extraordinario consagrado constitucionalmente, sino como un órgano de defensa técnica promiscua en cuanto a la prosecución del remedio estructural dentro del litigio, con alcances similares a los que establecen ciertos ordenamientos provinciales¹³⁵, a fin de garantizar la representatividad adecuada en los términos que la reparación dimensional colectiva requiere en este tipo de litigios.

Respecto a la cuestión del ofrecimiento de la prueba y la adecuada exhibición de la misma a las partes, el proceso bidimensional deberá resguardar el criterio que la Corte ha plasmado en “*Halabi*” en cuanto a que “...*la demostración de los presupuestos de la pretensión es común...*”¹³⁶ y por lo tanto, respecto a los aportes del daño común y estructural que afecta al grupo certificado en una clase, debe apuntarse a la concentración probatoria, a fin de permitir una importante reducción de costos para los litigantes, además de reducir la posibilidad de superposición probatoria que suele poner en peligro tanto la celeridad de los procesos, como su claridad pretensiva (Maurino, Nino y Sigal, 2005). En este sentido, los autores precitados aportan una muy buena sugerencia a tener en cuenta, sobre todo, en materia de aporte probatorio, y es la de la posibilidad de que el juez pueda convocar al proceso a asociaciones (ONG’s) cuyo objeto sea coherente con la materia del litigio, a fin de adunar todo material técnico o testimonial que posea en virtud del expertise obtenido en la específica dedicación a una temática determinada; esta convocatoria, claro está, podría ser solicitada también por las partes, y será en calidad testimonial o pericial, para aportar al proceso y no como legitimados extraordinarios al mismo. Por supuesto que las cuestiones probatorias que

¹³⁵ Art. 137, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 01/10/1996); art.124, Constitución de la Pcia. de Córdoba, (26/04/1987; Fecha Ref. 14/09/2001); Ley Provincial N° 7741, “Del Defensor del Pueblo de la Provincia de Córdoba”, Pcia de Cba, (12/01/1989).

¹³⁶ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.12

hagan a la acreditación del daño individualmente padecido a sustanciar por vía incidental al proceso, recaerán en cabeza de cada uno de los sujetos que a ello concurra.

En cuanto al acceso a la prueba, queda claro que las facultades de gerenciamiento del juez del proceso serán claves en este sentido, ya que deviene fundamental arbitrar los medios necesarios para que la prueba sea efectivamente conocida por las partes, ya sea por la capacidad de éste para ordenar la actividad probatoria a fin de traducirlo en una actividad virtuosa e informada para las partes, ya sea clasificando la prueba de acuerdo a sus caracteres intrínsecos de forma tal que las partes puedan merituarlas adecuadamente. Como solución posible a estas cuestiones relativas a la actividad y acceso probatorio se pueden arbitrar, como bien sugiere Lorenzetti (2010), sistemas de convocatoria a las partes a fin de encontrar puntos de acuerdo en los procedimientos de incorporación de la prueba, más lo tocante a las estrategias necesarias para lograr la máxima eficacia y celeridad en tales procedimientos.

La igualdad de las partes debe garantizarse desde dos aspectos centrales; uno tiene que ver con resguardar la adecuada clasificación intrínseca de los grupos de damnificados durante el proceso, y la otra con el equilibrio de actores y demandados dada su no equivalencia natural. Es preciso entender, como apunta Lorenzetti (2010), que en los procesos colectivos, el fenómeno policéntrico se impone, provocando la existencia de varios centros de interés dentro de un mismo litigio, por lo cual es importante que el juez, en su calidad de director del proceso, realice una tarea de management de la parte actora a fin de consolidarla subclasificando los grupos que se hallan dentro de ella en tantas clases como haga falta. Ello producirá, a la postre, la posibilidad de satisfacer la pretensión de la parte actora de manera mucho más eficiente. En cuanto al segundo aspecto, queda claro, tal como lo manifiestan Maurino, Nino y Sigal (2005), que la asimetría natural de recursos en general que existe en este tipo de casos, *Vgr.*: lo más usual es que estos procesos se orienten a la demanda contra grandes empresas e inclusive, contra el propio Estado, que la mirada regulatoria de un procedimiento colectivo bidimensional debe estar puesta en salvar la distancia generada por tal desigualdad conformando, por ejemplo, un fondo estatal destinado a subvencionar a la parte actora en esta clase de juicios (Salgado, 2014), o audiencias ordenatorias del caso a fin de sentar parámetros de trámite procedimental (Lorenzetti,

2010) que permitan restringir, por ejemplo, las facultades recursivas dilatorias de la parte demandada. Por supuesto que en el próximo capítulo se analizarán en mayor grado de profundidad estas cuestiones, siendo las mencionadas sólo ejemplos enunciativos de las mismas.

Queda claro que lo tocante al rol del juez, último punto a revisar, en el proceso bidimensional se enlaza con sus facultades amplias de dirección en todos los parámetros ya reseñados, por lo cual a esas apreciaciones se remite. De todas maneras, es importante hacer notar que, para este tipo de procedimiento, el juez debe encarnar tanto la efectiva protección de los potenciales damnificados ausentes del proceso, como de la comunidad toda en cuanto a su decisión estructural, siendo estos los extremos que fundamentan su mayor participación como contralor del litigio.

Por último, vale la pena referirse, aunque sea brevemente ya que el tema será materia de análisis en el último capítulo del trabajo, al sentido y alcance de la sentencia bidimensional, es decir, la decisión que impacta sobre la dimensión individual, proyectable a todos y cada uno de los sujetos afectados de manera homogénea, y la decisión estructural que actúa directamente sobre las causas del daño dimensional colectivo, a través de medidas específicas que buscan “...*alterar condiciones sociales amplias y generalizadas...*” (Verbic, 2012, pp.75) a fin de dismantelarlas definitivamente.

En tal sentido, es bueno concluir haciendo propias las palabras del Dr. Francisco Verbic (2012) quien, en ocasión de estudiar las cuestiones circundantes a la sentencia colectiva hará hincapié en la necesidad de garantizar su efectivo alcance y ejecutoriedad, y todo ello en virtud de entender que esta perspectiva de procesos, entre los cuales desde aquí se incluyen a los procesos bidimensionales, alienta diferentes objetivos, a saber:

...Un objetivo que implica traducir a la realidad lo decidido en el caso o lo convenido en una transacción, que implica lograr la implementación de la decisión, la efectividad misma que hace de tal decisión algo más que un interesante documento jurídico de estudio. Esa misma efectividad es la que, vista desde otra perspectiva, torna a las acciones colectivas algo tan temido para quienes detentan el poder (tanto en la esfera pública como en la privada). Es la efectividad cuya sola amenaza hace de estas acciones un mecanismo disuasivo de conductas ilícitas colectivas, una herramienta de

modificación de comportamientos lesivos de los derechos de millones de personas... (Verbic, 2012, pp.77-78)

Planteando, así, los ejes de fundamentación que, en la presente hipótesis de trabajo, se toman a fin de asegurar el tránsito a un tipo de procedimiento que los contenga y los efectivice. El desafío será, ahora, desarrollar sus rasgos particulares con la profundidad que el tema exige.

g. Bibliografía especial

- Kemelmajer de Carlucci, A., (2010), “*La acción colectiva resarcitoria en el código italiano de protección de los consumidores. Paralelismo con la normativa argentina*”, AR/DOC/879/2010.
- Gordillo, A., (2014), Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 2,(10a ed.),“*La defensa del usuario y el administrado*”, recuperado de URL: <http://www.gordillo.com/tomo2.html>
- Gil Domínguez, A., (2011), “*Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva*”, publicado en La Ley, diario del 16/06/2011, p 1. Recuperado de URL: <http://underconstitucional.blogspot.com/2011/06/afectado-derechos-de-incidencia.html>
- Maurino, G., Sigal, M., (2009), “*Halabi*”: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, SJA 22/4/2009, LexisNexis Nº 0003/014394 ó 0003/014396.
- Hidalgo, J., (2011), “*La regulación de los procesos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva*”, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2011 (abril), 01/04/2011, 1
- Perman, G.A., (2013), “*Amparo, proceso urgente*”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap- Nº 416, Id Infojus: DACF150613. Provincia de Buenos Aires, Rep. Argentina, Ed. RAP.
- Carrillo, S.R., (2011), “*Los procesos colectivos ante una futura regulación procesal*”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública Nº 394, Jornadas Ítalo-Latinoamericanas/Argentinas. Celebración: 1, 2 y 3 de septiembre de 2010 en la Provincia de San Luis, Potrero de los Funes, Id Infojus: DACF140352. Provincia de Buenos Aires, Rep. Argentina, Ed. RAP.
- Lorenzetti, Ricardo L., (2010), “*Justicia colectiva*”, (1º Ed.), Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Maurino, G., Nino, E., Sigal, M., (2005), “*Las acciones colectivas*”, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. LexisNexis.

- Pérez Peicij, G., (2015), “Arts. 225 a 256. Arts. 398 a 400”, “Código Civil y comercial de la Nación Comentado”, Tomo I, “Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400”, Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., (Ed.). Sistema Argentino de Información Jurídica INFOJUS (Ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rep. Argentina. Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Gil Domínguez, A., (2013), *Vigencia del caso "Halabi"*, LA LEY 24/10/2013, 24/10/2013, 3 - LA LEY2013-E, 589 - LA LEY24/10/2013, 3, AR/DOC/3809/2013.
- Verbic, F., (2013), “*Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina. Relatorio Nacional (Argentina)*”, Civil Procedure Review, Vol.4, Special Edition, pp. 310-371.
- Giannini, L.J., (2007), “*La Tutela Colectiva de derechos individuales homogéneos*”. Ciudad de La Plata, Prov. de Bs. As., Rep. Argentina, Ed. Librería Editora Platense.
- Sola, J.V., (2014) “*Las acciones de clase en el derecho argentino*”, LA LEY 12/05/2014, 12/05/2014, 1 - LA LEY2014-C, 735, AR/DOC/1348/2014.
- Giannini, L., (2012), “*Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase*”, *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Número Extraordinario*, pp. 15-50.
- Verbic, F., (2012), “*Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia*”, *Revista de Derecho Procesal, Número Extraordinario "Procesos Colectivos" (Argentina)*, mayo de 2012.
- Gil Domínguez, A., (2013), *Vigencia del caso "Halabi"*, LA LEY 24/10/2013, 24/10/2013, 3 - LA LEY2013-E, 589 - LA LEY24/10/2013, 3, AR/DOC/3809/2013.
- Luqui, R. (2011), “*Socialización de la Justicia*”, LA LEY 16/12/2011, 16/12/2011, 1 - LA LEY2011-F, 1290, AR/DOC/6057/2011.
- Verbic, F., (2015), “*Por una necesaria y urgente reforma que permita una tutela judicial adecuada de usuarios y consumidores*”, Ponencia General - Comisión 1.3. del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Jujuy, Argentina, Septiembre 2015).
- Sánchez Cordero, J.A., (2014), “*Principios del derecho de los procesos colectivos (Principles of the Law of Aggregate Litigation)*”, Verbic, F., (Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México, The American Law Institute, Centro Mexicano de Derecho Uniforme. D.F., Estados Unidos de México, Ed. U.N.A.M.
- Ferreres Comella, A., López de Argumedo Piñeiro, A., (2012), “*Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra*

Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de conflictos [Versión electrónica], Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Especial reformas estructurales. Ciudad de Barcelona, Reino de España.

- Marín López, J.J., (2001), “*Las acciones de clase en el derecho español*”, Facultad de Derecho Universidad de Castilla-La Mancha, Revista para el Análisis del Derecho, N° 3.01, Recuperado de URL: [Http://www.indret.com](http://www.indret.com)
- Gidi, A., (2004), “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*”. Distrito federal, Estados Unidos de México. Ed. De la Universidad Autónoma de México.
- Salgado, J. M., (2014), “*Una ley de procesos colectivos*”, RCyS2014-V, 227, AR/DOC/638/2014.
- Verbic, F., (2012), “Necesidad de sancionar reglas especiales para la ejecución de sentencias colectivas de condena”, DJ19/12/2012, 1, AR/DOC/5749/2012.

Capítulo VI.

Las “acciones de clase” como supuestos de tutela jurisdiccional ante el daño a derechos individuales homogéneos.

a. Introducción

El último capítulo de este recorrido se centrará en realizar una especie de disección, si se permite el término, del tipo de mecanismo instrumental que aquí se estima como el más idóneo para satisfacer al reclamo supraindividual en todos sus aspectos. Para ello, claro está, se tomarán las experiencias, tanto prácticas como normativas, existentes al día de hoy en el ordenamiento nacional, tratando de armonizar cada elemento procesal emergente a fin de intentar explicarlo en un contexto logístico general, como forma de visualizar un punto de partida, es decir, un estado de cosas actual.

Ello servirá de inestimable apoyo en la búsqueda de sistematizar el procedimiento más idóneo en la materia, pero no será la única fuente de información disponible ya que, como hiciera la Corte en autos “*Halabi*”, existe también la posibilidad de hallar en ordenamientos foráneos, mayores y mejores respuestas instrumentales basadas en una mayor experiencia práctica y un mayor desarrollo normativo.

El modelo a desmenuzar es el de las llamadas acciones de clase que, como se verá durante el desarrollo, no sólo describe un esquema de *entrada y salida* del sistema jurisdiccional (Giannini, 2012), sino toda una estructura ritual que asume ciertos ribetes novedosos a fin de dar contención a un tipo de litigio diferente al tradicional; esto es lo que termina explicando, en cierta forma, la necesidad de pensar más allá de la frontera de bilateralidad.

A fin de poder lograr avances en los puntos aquí propuestos, es que se irá desde la indagación del concepto de acciones de clase para comenzar a comprender sus aspectos relevantes, pasando por la propia definición y esquematización de tales aspectos y sus ejes principales de procedencia, hasta el estudio de los proyectos de ley existentes en la materia dentro del país, más la extracción de notas salientes halladas en el marco del Derecho comparado; todo ello en cuanto al contexto práctico general de la tipología instrumental reseñada.

Además de lo predicho, y porque el presente trabajo intenta plantear un modelo adjetivo para dar respuesta jurisdiccional al daño supraindividual, es que se evaluarán los extremos procedimentales específicos en materia de certificación y comunicación de la clase damnificada, aquellos elementos que hacen a la prueba de los presupuestos comunes del daño homogéneo, más la calificación y cuantificación, colectiva e individual, del daño y su oportunidad de procedencia, para concluir, yendo tanto al plano estructural como pluriindividual, con los alcances y efectos esperables en el marco de la sentencia en esta tipología instrumental, algo que permitirá sopesar el verdadero impacto virtuoso sobre el conflicto colectivo.

Como último elemento a desarrollar, en este sentido, se presenta la posibilidad de explorar un esquema aún más abarcativo como para coadyuvar a aportar soluciones supraindividuales, tal y como es un modelo ritual que se ajuste a los parámetros sustanciales comprendidos bajo la definición de derechos bidimensionales. Es importante entender que lo que aquí se tratará de responder es si se presenta como factible la alternativa de pensar en un modelo de tutela procesal bidimensional, que permita evacuar instrumentalmente la reparación del daño pluriindividual pero que, a la vez, brinde soluciones estructurales que aporten al fortalecimiento de las garantías constitucionales y la vigencia del estado de Derecho ante su menoscabo o desconocimiento puntual o en términos genéricos.

En definitiva, a través del presente capítulo se planteará el desafío de proponer el modelo más idóneo para dar cobertura judicial a las necesidades jurídicas insatisfechas que han sido tema de análisis durante todo el trabajo. No se trata aquí de plasmar respuestas definitivas, sino de sentar una base propositiva que permita dar comienzo a un debate, y no a cercenarlo.

b. Concepto de Acción de Clase. Principales características

El eminente presidente de la Corte Suprema de justicia de la Nación, Dr. Ricardo L. Lorenzetti (2010), comienza su obra advirtiendo que las llamadas acciones de clase resultan ser, en el sistema procesal argentino, una subespecie adjetiva dentro de un marco general como es el de las acciones colectivas ya que, tal como se ha visto en anteriores pasajes de este trabajo, el concepto en su totalidad contempla tanto las acciones de tipo estructural, *Vgr.:* el fallo “*Mendoza*” por ejemplo, destinadas a la tutela de bienes colectivos indivisibles, como a las acciones en las cuales lo que se busca tutelar son los elementos comunes de afectación de un grupo determinado o determinable de sujetos, quedando claro que de lo que allí se trata es de bienes enteramente divisibles, los cuales, por su uniformidad, adquieren la propiedad de ser procesalmente colectivizables, *Vgr.:* el ejemplo de “*Halabi*”, entre otros.

Esta última tipología es la que se identifica con la noción de acciones de clase o de grupo, cuyo factor tipificante es definido por el autor precitado como “...*la circunstancia de que en un solo proceso se deciden, con efecto preclusivo, elementos comunes a una serie de casos individuales que se incluyen en una clase...*” (Lorenzetti, 2010, pp.11). Esta definición se ajusta, como ya se ha observado, a la respuesta instrumental del concepto sustancial de derechos individuales homogéneos, ya que aquello que en lo sustantivo resulta ser el factor catalizador, es decir, la homogeneidad, en el aspecto adjetivo se transforma en el tamiz de la clase o grupo, corporizando a su principal requisito, el de la certificación.

El Diccionario de la Real Academia Española define al término clase como “...*conjunto de elementos con caracteres comunes...*” o “...*conjunto de personas del mismo grado, calidad u oficio...*” (Diccionario de la Lengua española, RAE, 2014), dejando en claro que este elemento constitutivo del concepto técnico explorado cumple la doble funcionalidad de ser a la vez de noción clasificadora de tal tipo procedimental, su rasgo de especificidad ante aquél otro, más genérico, emparentado con el término colectivo.

Lo antedicho aproxima, sin más, a la necesidad perentoria de comprobar la existencia de un vaso comunicante como signo de esa pluralidad de sujetos cuyos intereses adunan al proceso, ya que la sola ausencia de tal requisito vacía de contenido al propio concepto, al descartar su calidad conjuntiva. Dicho de otro modo, la idea de clase infiere no una simple acumulación de pretensiones, sino una pluralidad conjugable a través de algún aspecto relevante, tal y como es la *cualidad extra* de unidad causal fáctica o normativa que aglutina al grupo, concurren al proceso cada uno de sus componentes o no (Giannini, 2008). Esto define un parámetro diferencial con los tradicionales tipos de procedimientos de pluralidad subjetiva, ya sea consorcial o agregada, ya que en esos casos la cualidad no es su unidad causal homogénea, sino su convencionalidad, que entraña, como bien apunta Sola (2014), las inestabilidades típicas asociadas a la valuación que cada litisconsorte hace respecto a su derecho, más las dificultades que implica tal autonomía axiológica a la hora de convenir los costos, beneficios y resultados esperados por cada concurrente al litigio. Queda claro, entonces, que el rasgo de unidad causal prefigura un primer elemento práctico que nutre al procedimiento pluriindividual de una estabilidad y solidez superior a otros mecanismos que, tradicionalmente, han intentado dar respuesta al conflicto colectivo.

A lo predicho se le suma, claro está, y casi como una consecuencia insoslayable de esa mentada unidad homogénea constitutiva de la clase, la novedosa concepción dimensional colectiva que ciertos bienes, aun subsistiendo su naturaleza divisible, poseen en cuanto a sus cualidades proyectivas, justamente por la uniformidad en que se manifiestan y por el inescindible efecto de que, ante su afectación, todos ellos en su circunstancia de comunidad resultarán alcanzados. Este segundo elemento que marca su tipicidad aparece como contenido distintivo en esta subespecie de proceso colectivo en la Argentina, tal como ya se ha estudiado oportunamente al recorrer los considerandos del *Leading Case “Halabi”*, y viene a ser el componente que, junto a la unidad de causa, da substancia a la idea de clase como tal, muñéndola de los dos factores intrínsecos ya mencionados, la tipicidad y la identidad.

Va de suyo aclarar que esta dimensionalidad típica exigida no viene a intentar modificar sustancialmente a las prerrogativas conjugadas en el seno de la clase, ya que ello importaría subordinar derechos de naturaleza divisible (es bueno recordar que

cuando se habla de derechos individuales homogéneos se está haciendo referencia a esa *fattispecie* jurídica) a una indivisibilidad procesal basada en cuestiones prácticas, algo que contradice a la propia naturaleza de la herramienta instrumental de marras, ya que la clase no se certifica a fin de consolidar un bloque de indivisibilidad de derechos e intereses, sino que su objetivo apunta a aunar un núcleo homogéneo pretensivo como centro de interés de un grupo afectado en todo aquello que les sea materia común y uniforme, dejando a salvo los efectos diferenciados que cada uno de los sujetos hubiera padecido. Este criterio se alinea, así, a los principios iusconstitucionales de autonomía de la voluntad y libertad individual que deben ser preservados por sobre toda cuestión práctica, ya que lo contrario, como bien afirma Lorenzetti (2010), subsumiría a los individuos a los designios de mayorías circunstanciales.

Pero además de los caracteres reseñados, se impone como parte clasificadora de esta tipología instrumental el rasgo de la numerosidad de la clase que, básicamente, apunta a que la pluralidad contenida por ella sea lo suficientemente relevante como para justificar su sustanciación en un único proceso (Lorenzetti, 2010). Es decir que no sólo será necesario corroborar la existencia de los factores cualitativos tales como la tipicidad e identidad para advertir la procedencia de la acción bajo estudio, sino que, además, deberá registrarse una característica cuali-cuantitativa como es la de la numerosidad; cualitativa porque el impacto plural relevante de ese factor común de afectación encumbra, valorativamente, el fuerte interés en propiciar una solución que dé alcance al colectivo damnificado; cuantitativa porque su carácter de pluralidad relevante se mide por la cantidad de sujetos alcanzados por esa unidad causal, promoviendo la idea de un piso mínimo cuantificable como requisito de admisibilidad de la clase.

En resumen, si se quisiera aproximar una primera definición que resultara idónea para encerrar dentro de sí a estas nociones intrínsecas recorridas, se podría arriesgar la siguiente: *la acción de clase es un tipo de proceso colectivo bajo el cual se sustancia, con efecto preclusivo, la pretensión común de una pluralidad relevante de sujetos, identificados bajo un núcleo causal uniforme, cuya causa petendi se encontrará fundada en un derecho de incidencia colectiva de naturaleza divisible y cuyo objeto procesal radicará en la determinación de los presupuestos comunes de Responsabilidad*

civil atribuibles a la parte demandada, con la finalidad de alcanzar un remedio supraindividual a ese factor homogéneo de afectación.

En cuanto al procedimiento relativo a tal acción, su primera etapa se centra en el llamado mecanismo de certificación de la clase, algo que encierra la idea de comprobación primaria, o documentación, de la identidad y relevancia de la clase. En otras palabras, en un primer estadio, el proceso contendrá un mecanismo de admisibilidad centrado en corroborar la existencia de un factor homogéneo en los hechos invocados que dé sentido y calidad conjuntiva al grupo, además de la proyección cuantitativa de los efectos que ese factor común expande sobre una pluralidad de sujetos, que exceda a una cuota mínima de admisibilidad o a una medida determinada por clase o grado; *Vgr.:* Lorenzetti (2010) hace alusión, en este sentido, a la clase acotada de Abogados y usuarios de servicios de telefonía vista en “*Halabi*”; algo que debe verse acreditado en el proceso de manera efectiva. Estos extremos a corroborar son inescindibles al primer escalón a transitar en todo litigio, tal y como es el de la legitimación procesal, que importa, sin más, la conexión, jurídicamente fundada, que existe entre el demandante y la cuestión de fondo (Lorenzetti, 2010) ya que la certificación de la identidad del grupo afectado permitirá colegir si quien dice representar a tal comunidad específica responde de manera legítima a tal aspiración, ya sea porque es parte del colectivo afectado, ya sea porque el ordenamiento jurídico le reconoce una capacidad procesal extraordinaria para llevar adelante la acción.

Respecto a otro de los caracteres aquí destacados, el de la tipicidad, se impone una aclaración previa ya que este término reviste, dentro el sistema en donde se lo encuentra más extensamente desarrollado y desde donde la doctrina nacional lo ha transplado, sensibles diferencias o, por lo menos, una doble perspectiva de apreciación a la hora de analizarlo, tal y como es la noción de *typicality* de la Rule 23 norteamericana¹. Lo que allí se observa, tal como lo describe Lorenzetti (2010) y profundiza Sánchez Cordero (2014), es que el sistema estadounidense enraíza a la tipicidad como una forma de garantizar la identidad entre el curso de eventos y derechos reclamados por el individuo que promueve la acción y los argumentos y hechos que afectan a toda la clase, por un lado, y como parámetro de la preclusión, por el otro, ya

¹ *Sub-Section (a).(3), U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions.*

que las cuestiones comunes recorridas e involucradas en el procedimiento en clave colectiva no podrán ser sustanciadas en otros procesos, individuales o de clase, consagrando el efecto preclusivo de su determinación en un solo procedimiento, sobre todo teniendo en cuenta las posteriores consecuencias que ello importa en lo atinente a los daños que recaen en cabeza de cada sujeto y que son resueltos por vía incidental. En cambio, dentro del ordenamiento argentino, la tipicidad viene a ganar cierta autonomía respecto a otros caracteres tales como la preclusión y la identidad ya que encierra, en su propia concepción, la idea de dimensionalidad jurídica de incidencia colectiva, que “...genera una conexión jurídica entre la situación de diversos sujetos, que permite un encuadre jurídico único y común de ciertos hechos a los fines de una pretensión jurídica...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.205).

Lo que define a la tipicidad en el sistema argentino no es la comunidad de hecho y derechos *per se* como se observa en el ordenamiento norteamericano, algo que queda sólo reservado al aspecto de identidad en la Argentina, sino la capacidad proyectiva del bien comprometido hacia una dimensionalidad jurídica colectiva, algo que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado claro en Autos “*Halabi*” al mencionar, expresamente, cuál es la tipología de bienes jurídicos conjugables dentro de la categoría de derechos individuales homogéneos². Esta novedad que el sistema local aduna, según las propias palabras de los Dres. Maurino, Nino y Sigal (2005), lejos de restringir al instituto le otorga mayor claridad técnica y conceptual, al permitir dimensionar la capacidad de colectivización de un asunto traído a los estrados judiciales a través de un parámetro objetivo como es el de la tipicidad. Lo que es preciso tener en cuenta, además, es que las categorías típicas expresadas por “*Halabi*” y que hallan su sustento en la propia letra constitucional, son sólo un molde enunciativo ante otras muchas categorías que se desenvuelven dentro del ordenamiento, y no sus extremos limitantes ya que, como bien expresa Gordillo (2014), la voluntad del constituyente ha

² En su Considerando 12, la CSJN hace referencia, de manera enunciativa claro está, a “...los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados...” (C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, Fallos 332:111, 24/02/2009, Consid.12) sentando argumentos suficientes como para colegir que para que exista la posibilidad de certificar una clase en materia de derechos individuales homogéneos, los derechos allí invocados deben responder a una categoría típica de prerrogativas cuya incidencia colectiva sea innegable.

sido la de enunciar algunas de las tipologías de bienes jurídicos con implicancias colectivas, más no de restringirlas.

Volviendo al plano instrumental, será necesario que quien impetra la demanda colectiva demuestre, además de la unidad causal que da identidad a la clase afectada, la tipicidad del derecho argüido, ya que de ello dependerá, por lo menos en el ordenamiento argentino, la admisibilidad de la acción. Para ello resulta esencial que la *causa petendi* en la pretensión esté basada en prerrogativas cuya implicancia colectiva sea, por lo menos, factible, no importando ello que el derecho invocado debe responder a una categorización pre configurada, sino a que, de las propias circunstancias, se pueda colegir la dimensionalidad jurídica supraindividual que ese bien jurídico ha asumido, tal como se ha observado en ciertas situaciones respecto al derecho a la salud, al trabajo, o a la educación³. Este examen de tipicidad no debiera responder a formalismos alambicados sino a una simple inteligencia y cotejo del derecho invocado y las circunstancias que dan identidad común al grupo demandante, ya que su calidad conjuntiva puede ser considerable como indicio de la tipicidad del reclamo.

El último de los elementos que caracterizan al proceso de clase es el de la preclusión, aspecto nada novedoso en el marco del Derecho procesal en general ya que resulta intrínseco al concepto instrumental en sí mismo. A modo didáctico, se puede comenzar tomando la definición que aportan las eminentes Dras. Ferreyra de la Rúa y Opl en su obra al expresar que

...la regla o principio de la preclusión impide que el proceso se retrotraiga a estadios o etapas que se encuentran superadas o que se reproduzcan actos procesales ya cumplidos o que no tuvieron cumplimiento en el orden establecido por la ley... (Ferreyra de la Rúa, Opl, 2003, T.1, pp.146)

Continúan, las especialistas, afirmando que se trata, en verdad, “...de un regulador del trámite procesal... [Que]...tiene operatividad tanto para las partes como para el tribunal...” (Ferreyra de la Rúa, Opl, 2003, T.1, pp.146) operando como un

³ Ver Autos: C.S.J.N., “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000); Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala V, C.A.B.A., “Labatón, Ester c/Poder Judicial de la Nación”, (25/09/1996), L.L. Supl. De Derecho Administrativo, (27/11/1998) y Cám de Apel. Cont. Admin. Trib. de la C.A.B.A., Sala 01, Ciudad Autónoma de Bs. As., “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, Id Infojus: FA01370357, (01/06/2001), entre otros.

impedimento, u obstáculo, al devenir discrecional del procedimiento. Esta regla o principio persigue, como finalidad, “...obtener una definitiva estabilidad jurídica con respecto a las situaciones procesales ya alcanzadas, impidiendo el retroceso arbitrario o carente de fundamento serio y la actuación contradictoria con la ya cumplida (incompatibilidad) expresa o tácita...” (Ferreira de la Rúa, Opl, 2003, T.1, pp.146).

Estas afirmaciones, llevadas al terreno del tipo de procedimiento bajo análisis, se alinean con la idea de que los efectos de la preclusión procesal operarán respecto de toda aquella actividad procesal endógena que apunta a la determinación de los presupuestos comunes de la responsabilidad, es decir, respecto de lo concerniente a la “...acción, antijuridicidad, imputabilidad y nexa causal...” (Lorenzetti, 2010, pp.123) como elementos de un piso común a corroborar dentro del marco del proceso. Este efecto preclusivo no permite, una vez definido lo antedicho en el proceso colectivo, retrotraer su discusión, o intentar volver a debatir cuestiones conexas, dentro del marco de los procedimientos diferenciados en los que cada integrante de la clase acudirá a certificar los efectos del detrimento particularmente padecidos, sino que solo quedará reservado a ellos la prueba del daño individual. La preclusión implica, entonces, el cierre del litigio respecto a las cuestiones comunes, ya debatidas y acreditadas durante el proceso en clave colectiva, a fin de garantizar un piso probado de afectación homogénea que será, luego, el punto de partida necesario para la admisibilidad, por vía incidental, del reclamo individual subyacente. La regla descripta opera, así, desde una doble perspectiva: por un lado actúa como un impedimento a que el proceso en marcha discorra acerca de los presupuestos comunes ya sustanciados, tal como se dijera, pero además, desde otro punto de vista, la preclusión garantiza seguridad jurídica para las partes, ya que una vez tramitada la acción de clase y acreditado, dentro de ella, el grado de responsabilidad, nadie podrá ni elongar sus fronteras, ni pretender disminuir sus alcances, ya que las vías incidentales derivadas sólo podrán cuantificar el daño individual, pero de ninguna manera volver a debatir su calificación.

En términos concretos, los actos procesales sustanciados durante el procedimiento colectivo valen, y le serán oponibles, tanto a toda la clase afectada, concurran o no al litigio supraindividual, como a la parte demandada en todo aquello que haya de calificar y cuantificar a su responsabilidad uniforme respecto del grupo

damnificado, dejando claro que, en el contexto de la acción de clase, toda la actividad procesal posible se agota con la acreditación de esa unidad causal fáctica, o normativa, que se traduce, a su vez, en la determinación ya comentada mediante toda la actividad probatoria necesaria a fin de certificar los presupuestos de esa responsabilidad.

Esta regla del proceso impacta directamente sobre aquello que hace a las posibilidades de quien no concurre al litigio pero pretende beneficiarse de él como miembro de la clase damnificada, ya que su facultad de hacerlo se limitará a acogerse a lo ya acreditado en el pleito una vez que asista, por la vía incidental, a certificar su detrimento particular, sin que le quepa potestad alguna de volver hacia atrás respecto al piso común de afectación.

Para finalizar con el análisis de la preclusión, conviene hacer una breve aclaración a fin de esclarecer el panorama respecto a su relación con un trascendental aspecto que, oportunamente, será abarcado con mayor grado de profundidad, tal y como es el de los efectos y alcances de la cosa juzgada. Se impone hacer esta digresión ya que las similitudes que presentan ambos institutos resultan evidentes, más no por ello dejan de representar dos cuestiones conceptuales diferentes. El eminente maestro Chiovenda alumbra la cuestión afirmando que “...*la primera y fundamental diferencia está en esto: que la preclusión limita sus efectos al proceso en que tiene lugar, mientras la cosa juzgada tiene fuerza vinculativa para todo proceso futuro...*” (Chiovenda, 1949, Vol. III, pp.215); a tal claridad conceptual sólo vale agregar que mientras la preclusión es un fenómeno endógeno al proceso, la cosa juzgada es un fenómeno que proyecta sus efectos de manera exógena al mismo. En cuanto a sus semejanzas, va de suyo colegir que ambas reglas operan como un obstáculo a la discrecionalidad procesal, e impiden la reiteración de etapas procedimentales ya agotadas, ya sea dentro de un mismo litigio, ya sea hacia litigios que pretendan sustanciar cuestiones ya debatidas en otro juicio. En otras palabras, se podría afirmar, como bien lo hace Carnelutti (1944), que la cosa juzgada formal, en tanto impide operar un cambio en la decisión sustanciada en la sentencia y, por lo tanto, agota la continuidad del proceso, produce efectos preclusivos encumbrándose como la suma preclusión, o la preclusión máxima dentro del marco de un litigio.

La precitada noción, llevada al contexto del tipo instrumental supraindividual bajo estudio, arroja como conclusión evidente que tanto los efectos expansivos de la cosa juzgada a todos los sujetos que se encuentren contenidos por la clase, aunque no concurran al proceso, como los alcances de la misma ante el rechazo o desestimación de una demanda colectiva, o los efectos específicos del ejercicio de la opción por la autoexclusión del proceso o *excepción subjetiva* (Lorenzetti, 2010, pp.172), todos supuestos que se han de proyectar de manera exógena al proceso de origen, y que serán analizados en profundidad oportunamente, se caracterizan por poseer efecto preclusivo respecto a ciertas cuestiones procesales en particular: así, por ejemplo, la sentencia en una acción de clase tendrá efecto preclusivo respecto a todos los sujetos situacionalmente contenidos por la clase que, con posterioridad al fallo, pretendan acogerse al mismo; también subyace tal efecto en la imposibilidad de impetrar una nueva acción colectiva basada en los mismos presupuestos comunes ante su rechazo o desestimación en un primer intento; Asimismo es posible advertir efecto preclusivo en el ejercicio del llamado *opt out*, u opción por la autoexclusión, ya que quien ejerce esta facultad ya no podrá volver a incorporarse al proceso, ni valerse de los presupuestos comunes acreditados en la acción colectiva para intentar la vía individual. En definitiva, en estos supuestos de alcance y efecto de la cosa juzgada se observa como la preclusión juega su rol como principio procesal insoslayable que viene a enraizar su existencia tanto en la certidumbre jurídica, como en la progresividad que todo procedimiento debe asegurar.

En conclusión, tanto la preclusión, la identidad, la tipicidad y la numerosidad asoman, en el contexto de las acciones de clase, como unidades conceptuales que delimitan, por un lado, su definición como tipología instrumental, pero además se asumen como reglas y parámetros insalvables dentro de su desarrollo práctico, ya que la ausencia de alguno de estos caracteres transforma en inidóneo al propio proceso, y ello se basa en que tanto la identificación precisa del grupo afectado, más la relevancia cuali-cuantitativa de esa pluralidad, la proyección supraindividual de las prerrogativas conculcadas y la dinámica progresiva que cada una de estas etapas juega dentro del procedimiento, se encumbran como los caracteres que dan fundamento jurídico a la existencia de un subtipo procesal colectivo de naturaleza pluriindividual como resulta ser el de las llamadas acciones de clase. Tal postura es la que permite afirmar que, como

principio, no podría concebirse un subtipo procedimental como el que aquí se ha estudiado, si el mismo sólo hundiera sus raíces conceptuales en cuestiones meramente teñidas de subjetividad, como el incentivo a la acumulación procesal, por ejemplo, y no a criterios más objetivos como los aquí apuntados, que ponen a la acción en clave colectiva como un método instrumental más justo y eficaz en procura de la solución de controversias de naturaleza supraindividual (Lorenzetti, 2010).

Estos caracteres analizados serán, entonces, la guía de indagación de toda la estructura correspondiente a este tipo de procedimientos, ya que todo el desarrollo que en el presente capítulo se intenta sobre cada una de las etapas del litigio colectivo volverá, una y otra vez, a profundizar sobre los mismos parámetros. Es por ello que deviene importante haberlos estudiado acabadamente en su faz estática, conceptual, para luego si, en su faz dinámica, en su implementación a cada etapa del procedimiento, pueda utilizárselos como elementos que abonen a la mejor omnicomprensión del subtipo instrumental bajo examen.

c. El acceso a la justicia y la relevancia social o interés estatal como presupuestos de procedencia de las acciones de clase

Cuando en el apartado anterior se hacía referencia a la tipicidad de las prerrogativas invocables en una acción de clase, se mencionaban como presupuestos enunciativamente más adecuados a los derechos expresamente reconocidos como de incidencia colectiva. Algo que responde, como allí se explicara, a que la tipicidad, como característica intrínseca, importa la capacidad de una prerrogativa de colectivizarse proyectivamente ante un tipo de afectación determinado, sin perder su condición divisible, independientemente que esa aptitud de colectivización se considere sólo desde el punto de vista instrumental; así parece hacerlo un sector importante de la doctrina, tal

como ya se ha visto⁴; o que se lo conceptualice desde la construcción sustancial, tal como desde aquí se promueve.

De lo predicho se colige que, en principio, el derecho fundante de un reclamo pluriindividual debe contener a la incidencia colectiva como su condición endógena, es decir, como elemento sustantivo que define a tal prerrogativa, *Vgr.*: derechos de usuarios y consumidores, ambiente, no discriminación, etc. Quedando claro en ello que la relación de adecuación entre la tipicidad y la categoría procesal de marras será perfecta en tanto y en cuanto las prerrogativas aglutinantes de la clase sean objetivamente proyectables a esa comunidad determinada o determinable de manera homogénea. Esta suerte de colectivización de reclamo por la tipicidad del derecho comprometido ha sido el Norte de la cuestión aquí estudiada, a la vez que su noción de origen, desde los albores de la discusión en la doctrina nacional, acerca del arribo tanto de nuevas categorías jurídicas como de estrategias procedimentales.

Ahora bien, sabido es que el gran ordenador de estos temas ha sido el *Leading Case* “*Halabi*”, no tanto porque haya agotado el debate respecto a las nociones que el mismo abarca, sino porque ha venido a aportar un nuevo paradigma estructural sobre el tema mediante sus extensos considerandos, brindando una serie de precisiones que han permitido reencauzar las disquisiciones hacia el marco más ajustado, si se quiere, que el señero fallo ha dejado a su paso. Lo verdaderamente importante para el análisis del presente capítulo, es que “*Halabi*” comenzó a redefinir la tipicidad del reclamo sustanciado a través de las acciones colectivas, al construir nuevas categorías sustantivas, e importar, aunque agregándole ciertos parámetros autóctonos, un subtipo de acción instrumental a tal efecto como es el de las llamadas acciones de clase.

En tal contexto es que se enmarca, de manera clara, la particular manera de concebir a la tipicidad, característica endógena al proceso, en su relación con los parámetros de procedencia de la herramienta procesal bajo estudio; es que ya no podría pensarse un mecanismo como el de las acciones de clase sin comprender que éstas se incorporan al ordenamiento bajo la premisa de dar respuesta jurisdiccional a supuestos de afectación de prerrogativas cuyas implicancias colectivas sean innegables, aun cuando éstas no

⁴ *Ver al respecto, en el presente trabajo, Primera Parte, Capítulo II, Acp. b “Naturaleza Jurídica”, pp.79-93.*

pierdan su carácter divisible entre tantos sujetos como los que la clase contenga por ello. Pero, tal como se verá a continuación, la Corte no parece haber agotado su análisis en las categorías agenciales de derechos de incidencia colectiva como *Causa Petendi* de las acciones colectivas en general, y las de clase en particular, sino que ha dejado abierto el paso a otros supuestos de procedencia que se enrolan en circunstancias ajenas a la natural proyección colectiva de una prerrogativa.

En “*Halabi*”, parafraseando a los eminentes Maurino y Sigal (2009), el Címero Tribunal ha dejado “...una sugestiva puerta entreabierta...” (Maurino y Sigal, 2009, pp.9) que permite advertir una apertura hacia otros supuestos de procedencia del litigio supraindividual, como son el acceso a la justicia, la relevancia social que asumen ciertas prerrogativas y el fuerte interés tuitivo que despierta en el Estado la protección de ciertos derechos, así como de grupos tradicionalmente postergados; todo ello, claro está, tomando en cuenta a derechos cuya concepción individual en el ordenamiento es clásica.

En otras palabras, el Auto decisorio ancla su propuesta activista tanto en el reconocimiento del deber de garantizar, de manera irrestricta, las condiciones de acceso a la jurisdicción, es decir, la garantía a tener “...su día en el Tribunal...” (Sánchez cordero, 2014, pp.20) de cada ciudadano, como en la especial relevancia que asume, dentro del marco de una sociedad democrática, la protección de ciertas prerrogativas tradicionalmente individuales que, bajo ciertos parámetros de afectación, quedan expuestas como objeto de preocupación de la comunidad, objeto al que el Estado, dada su responsabilidad insoslayable, debe dar respuestas concretas. Por último, deja también la Corte sentadas las bases de su óptica activista al advertir procedente a la tipología instrumental supraindividual en los supuestos en los que los grupos afectados son aquellas minorías postergadas a las que el Estado debe proteger especialmente, ya que allí asoma uno de los fundamentos más elevados de la existencia del Estado democrático como tal, fundamento que se enrola, de manera directa, con la protección de las minorías.

En cuanto al primero de los parámetros bajo estudio, la Corte dirá que “...es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción

de una demanda... ”⁵ por encontrar problemas u obstáculos a la hora de intentar acceder a la jurisdicción, y no necesariamente una imposibilidad absoluta de hacerlo; es interesante poner de relieve lo antedicho ya que, conforme a lo postulado por la fórmula precitada, la falta de justificación de promoción de una demanda puede aparecer ostensiblemente dificultada por barreras estructurales para que el acceso a la justicia resulte comprometido, sin ser necesaria su imposibilidad. Tal premisa planteada por el cimerio tribunal responde, en gran medida, a la idea de procurar un “...ensanchamiento del acceso a la justicia en casos para los cuales la lógica del proceso binario basado en la disputa sobre un derecho subjetivo defendido por su titular suponga un corset asfixiante para la defensa de derechos fundamentales...” (Maurino, Sigal, 2009, pp.10), es decir, no se trata de generar un mecanismo ante la imposibilidad práctica de acceso, sino simplemente el optimizar una garantía que, por su propia naturaleza, debe ser irrestricta en términos fácticos, y no teóricos.

Ese *corset asfixiante* o conjunto de obstáculos, como se mencionara, se presenta cuando las condiciones estructurales de ejercicio instrumental por parte de los particulares aparecen entorpecidas o, de alguna manera, desincentivadas por diferentes motivos que, como bien los describe Lorenzetti (2010), pueden aparecer agrupados en tres conjuntos o tipos, tal como son los obstáculos *económicos*, los *organizativos* y los *procesales*. Los primeros se relacionan con dos aspectos que confluyen en el parámetro fijado por los costos asociados al litigio judicial en general: un aspecto relaciona a esos costos con los ingresos del sujeto ya que, cuando éstos son bajos, la dificultad para afrontar estas vicisitudes económicas se hace insalvable, tornando abstracto todo servicio jurisdiccional al que se pretenda acceder; el otro aspecto confluyente se relaciona con los montos a demandar, es decir, con la cuantía del crédito y su comparación con las erogaciones exigibles por el servicio de justicia. En tales casos, la agregación procesal se funda en la optimización de costos, tanto en relación con los beneficios económicos esperados, como en lo tocante a las posibilidades patrimoniales del interesado.

En materia de organización, el principal atentado al acceso a la jurisdicción se centra en que la arquitectura institucional del sistema judicial, en general, no está pensada para

⁵ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.13.

contener grandes procesos en los cuales se dé respuesta a conflictos pluriindividuales; ello es así porque el procedimiento judicial, por antonomasia, es bilateral y dispositivo, algo que no entraña la necesidad de un despliegue funcional de la relevancia que si requieren los procesos colectivos. Por esta razón, que obedece tanto a factores culturales como jurídico procesales, es que los tribunales, muchas veces, ofrecen casi una resistencia natural a los litigios supraindividuales, bajo el argumento de sostener ciertas tradiciones estructurales que no hacen más que tornar ineficaces los intentos de acceso a la jurisdicción por parte de los grupos damnificados. Por ello es que la necesidad de modificaciones sistémicas se impone a fin de optimizar la eficiencia en litigios de este tipo.

Por último, en materia procesal, las dificultades se patentizan en las deficiencias que el procedimiento tradicional, de *lógica binaria*, reviste a fin de dar respuestas eficaces a planteos basados en prerrogativas pluriindividuales, ya que los estadios procedimentales (demanda, contestación, prueba, alegatos, sentencia, vías recursivas, etc.) no han sido diseñados bajo la concepción de contemplar a una pluralidad relevante de individuos, hayan concurrido o no al proceso, en uno, o en ambos polos de la relación jurídico procesal. En otros términos, la logística del litigio bilateral no logra contener, de manera eficaz, al reclamo de una clase, no tanto por su numerosidad, sino más porque las etapas del proceso clásico dificultan sobremanera las posibilidades del grupo de acreditar su reclamo; esto se puede ver con claridad en materia de legitimación procesal, en la cual, la mayoría de las veces, las formas rituales tradicionales no permiten acreditar tal legitimación a quien no es titular de un derecho subjetivo propiamente dicho. Por ello aparece, como solución posible, la confección de un tipo procedimental diferente al clásico, que permita brindar la mayor eficacia a los justiciables en la sustanciación de sus reclamos.

Lo que es prudente dejar en claro, dado que la base de fundamentación en todos los casos es garantizar el acceso irrestricto a la justicia para todos los ciudadanos, es que esta cuestión no excluye, en modo alguno, la necesidad de existencia, entre quienes concurren al reclamo, de homogeneidad en la pretensión. En palabras de Lorenzetti, “...la agregación se justifica sólo cuando hay, además, homogeneidad, a fin de que la sentencia dictada en un caso tenga efectos en los demás, lo que no ocurre si son

disímiles...” (Lorenzetti, 2010, pp.125); esta salvedad se funda, básicamente, en que las dificultades de acceso a la jurisdicción ya reseñadas no importan, *per se*, la justificación para la procedencia de litigios colectivos, más aun teniendo en cuenta que, todavía dentro del marco del pleito individual, existen soluciones que permiten salvar a estos obstáculos estructurales sin necesidad de acudir a sistemas diferentes, *Vgr.*: tal es el caso del sujeto que, ante una dificultad de acceso de tipo económico, encuentre solución a través del beneficio de litigar sin gastos, pero sin dejar de sustanciar su reclamo de forma individual (Lorenzetti, 2010).

La siguiente cuestión, o parámetro argüido por la Corte, gira en torno a la relevancia social que asume una prerrogativa bajo ciertas circunstancias, algo que debe motivar un fuerte interés tuitivo por parte de Estado, dadas las implicancias que su desatención acarrea. Desde la perspectiva sustancial, el tema ya ha sido extensamente tratado a lo largo del presente trabajo⁶, por lo que a ello se remite en términos generales, teniendo en cuenta, además, que la cuestión relativa a la relevancia social de un bien jurídico compone una pieza fundamental de la hipótesis aquí desarrollada, ya que da fundamento a una concepción bidimensional de ciertos derechos agenciados, tradicionalmente, como individuales; es justamente la importancia que asumen tales prerrogativas en la consideración social lo que justifica la existencia de una dimensión colectiva en tales bienes. Tomando lo predicho en cuenta, y llevándolo al terreno instrumental, la relevancia social de un bien jurídico determinado como requisito de procedencia de una acción en clave supraindividual ha de fundarse, en verdad, en la responsabilidad indelegable que le cabe al Estado, como garante máximo del goce de derechos, por no llevar a cabo las condiciones estructurales adecuadas para que ese bien jurídico, cuya consumación importa a la sociedad toda, haya de ser asequible al sujeto afectado, al grupo, o a la comunidad en general en caso de que su proyección impacte, directamente, sobre el interés público.

A pesar de que su tratamiento no obedeció a una acción del tipo bajo estudio, “*Asociación Benghalensis*” demuestra con claridad, sobre todo en el voto del Juez Vázquez, cómo un derecho de apropiación individual, en este caso la salud, asume

⁶ Ver como ejemplo de ello el análisis desde esta óptica del bien jurídico salud que se realizara en Primera Parte, Capítulo II, Acp. f, pp.134 y ss.

implicancias colectivas basadas en su relevancia toda vez que el Estado no pone a disposición de la comunidad específicamente interesada (en el caso, los afectados por el virus VIH/SIDA), los medios estructurales para que el derecho a la salud, en sentido amplio, sea ejercido por cada uno de los sujetos afectados de esa comunidad, conculcando, de esa manera, el derecho de acceso y ejercicio irrestricto de cada uno de los miembros de la clase reseñada mediante un hecho común cuya proyección pluriindividual se traduce en una pretensión homogénea. Esa pretensión homogénea, en casos como el citado, posee, además, la condición de reflejar la dimensionalidad social que un bien jurídico determinado asume ante su afectación, es decir, no puede escindirse de sus implicancias colectivas al avasallamiento estructural de una prerrogativa esencial, por su relevancia, para la sociedad bajo el pretexto de ser éste un derecho cuyo objeto es divisible entre tantos sujetos como afectados haya. En ello radica, en definitiva, el sentido de propiciar un mecanismo hábil para conjugar, de manera común, la pretensión que hace al interés del colectivo afectado y representa, por qué no, al interés público o general que subyace detrás del bien jurídico relevante (Jeanneret Pérez de Cortés, 2003; Maurino, Nino y Sigal, 2005).

En tal contexto es que aparece expresado en “*Halabi*”, conforme a opinión que aquí se postula, este especial requisito de procedencia de las acciones de clase fundado en la relevancia social del bien jurídico comprometido, criterio que parecen compartir los Doctores Maurino y Sigal (2009), en su comentario al Fallo, al exponer que esta suerte de *válvula residual* para colectivizar procesos promovida por la Corte encuentra utilidad instrumental en la posibilidad de “*des-encorsetar*” la defensa de derechos fundamentales de la lógica del proceso bilateral clásico, abonando a la idea de brindar nuevos odres jurídico procesales a nuevas proyecciones de esas prerrogativas.

El último de los requisitos de procedencia de acciones supraindividuales plasmado por la Corte en su decisorio es el de que exista un fuerte interés Estatal en la protección de un derecho relativo a grupos afectados que revistan particulares características, lo cual importa, dicho de otro modo, el especial acento que el Estado ha de poner en proteger los derechos de las minorías tradicionalmente débilmente protegidas (Lorenzetti, 2010), ya que es esencial poner en plano de visibilidad jurídica a aquellos intereses de grupos que, muchas veces, quedan excluidos del diálogo democrático

(Maurino, Sigal, 2009), entendido éste como la interacción dada en el seno de los poderes estatales en cuanto éstos cumplen su rol representativo de la sociedad en su conjunto, pero a menudo más enrolados con las coyunturas de las mayorías circunstanciales que con el especial dispendio tutelar que ameritan ciertos grupos históricamente postergados de la sociedad. En este marco aparece la necesidad de garantizar, ante el avasallamiento homogéneo de las prerrogativas de estas minorías, un mecanismo de agrupamiento procesal que permita darle un canal de amplificación de su voz a quienes, tradicionalmente, no encuentran tales canales por las vías formales; aquí el *corset procesal* que exponen los doctores Maurino y Sigal (2009) se presenta en las limitaciones que el fraccionamiento del reclamo importa al fortalecimiento de la protección de la minoría afectada, ya que si cada miembro del grupo fuera obligado a sustanciar su pretensión de manera individual, la expresión común de esa comunidad postergada se vería severamente debilitada, propiciando un sistema jurisdiccional que, anclado en el formalismo binario, no hiciera más que seguir postergando la desprotección histórica de esa minoría, en lugar de dar cumplimiento a los objetivos axiológicos que validan su funcionamiento en el marco de un estado de Derecho.

Partiendo desde los razonamientos antepuestos, es que la protección de comunidades o grupos débiles en cuanto a la compulsa de intereses en el marco de una sociedad democrática, se transforma en una cuestión que excede, de manera evidente, al interés de una clase determinada y plantea, radicando allí su proyección supraindividual, el fuerte interés Estatal en crear mecanismos procedimentales hábiles para conjugar, de manera eficiente, tales pretensiones. En cuanto a las implicancias colectivas comprometidas, la indubitabilidad de su existencia se comprueba con la sola lectura de la Carta Magna, en donde basta poner como ejemplo lo consagrado por el art. 75 inc. 17⁷ en virtud de enunciar, allí, los derechos que le son reconocidos, y que deben ser

⁷ “Artículo 75.- Corresponde al Congreso: ...17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”, *Const. Nac. Arg.*

garantizados por el Estado, a los pueblos originarios de nuestro país, una comunidad que, tradicionalmente, ha sido débilmente representada o, incluso, ignorada, por los factores institucionales de la república, lo cual pone en agenda la cuestión de articular medios instrumentales capaces de brindar acceso eficaz a esos grupos cada vez que le sean desconocidas prerrogativas que el Derecho, desde sus cimientos normativos, le reconoce. Ello patentiza el fuerte interés, por parte del Estado, de arbitrar tales medios, a la vez que encumbra, como señala Lorenzetti (2010), la necesidad de que ese mecanismo signifique un beneficio para los afectados y no un engorro, su tramitación colectiva. Ello implica, en palabras del autor precitado, que el fuerte interés Estatal en la protección de la minoría afectada no puede estar por encima de la conveniencia procedimental de los damnificados mirados particularmente, ya sea por cuestiones tan diversas como su dispersión geográfica, el nivel de información, ergo, que ostentan los jueces más cercanos al domicilio de cada reclamante, así como ante el déficit, formal o estructural, que puede presentar una demanda colectiva impetrada, que hace preciso salvaguardar los intereses de cada sujeto particular de tales deficiencias (Lorenzetti, 2010).

Va de suyo interpretar, entonces, que el interés estatal en propiciar un camino instrumental colectivo a grupos postergados de la sociedad será procedente toda vez que cumpla los recaudos predichos, es decir, toda vez que ello importe una amplificación virtuosa de la voz homogénea de la minoría damnificada, que sirva para encaminar la cuestión común, en términos prácticos, hacia soluciones estructurales que hacen a la substancia del interés general, a la vez de funcionar como un mecanismo de visibilización de las problemáticas que aquejan a esas minorías; pero todo ello subordinado a la pauta de conveniencia que debe garantizarse a cada miembro de esa clase, en todo y en cuanto haya de beneficiarse con la solución común.

En conclusión, estos criterios o requisitos de procedencia validados por el cimero tribunal en el *Leading Case* analizado, no vienen a recrear una nueva tipicidad, sino a ampliar la ya existente, reafirmando la idea de que, en primer lugar y tal como propone Gordillo (2014) en su obra, los derechos de incidencia colectiva expresamente plasmados en el texto constitucional son sólo ejemplos de prerrogativas con tal proyección, pero que tal tipificación registra alcances mucho más amplios, mucho más

abarcativos, que incorporan a su listado, inclusive, a derechos tradicionalmente considerados sólo en su faceta individual, en tanto y en cuanto se vislumbre su faz supraindividual (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Esa ampliación de la tipicidad se expresa en que, ante las circunstancias que en este apartado se han estudiado, un grupo afectado podrá fundar, en esas mismas circunstancias, la incidencia colectiva comprometida en el caso, pudiendo hacer valer el procedimiento de clase como mecanismo eficaz para la sustanciación de su reclamo. Ello no obedece ni a un capricho, ni a postulados o fórmulas que se hallen extraños a la propia naturaleza de los hechos, sino que se enrola a la noción de robustecer el acceso, por parte de los ciudadanos, a la justicia, y del deber indelegable que tiene el Estado de articular todos los medios necesarios para garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales, pero todo ello desde una perspectiva práctica y eficaz, y no en términos agenciales o simbólicos. Conforma la tarea de los tribunales el patentizar estos objetivos, así como el de la clase, en la demanda concreta, el de fundar debidamente, bajo los parámetros ya explicados, las implicancias supraindividuales que el derecho invocado reviste y que da mérito al reclamo homogéneo.

d. Modelos de acciones de clase en el Derecho comparado. Aspectos relevantes a tomar en cuenta

En procura de intentar traer a colación un panorama, lo más abarcativo posible, del tema que da título al presente apartado, sin resignar la firme intención de extraer aportes concretos de estudio, pero teniendo en cuenta la diversidad tanto cuantitativa como cualitativa de los sistemas foráneos que prevén algún tipo de mecanismo procesal de naturaleza pluriindividual, es que se utilizará como referencia permanente el excelente anexo que realizan en su obra los doctores Maurino, Nino y Sigal (2005), en el cual trazan un más que interesante recorrido a través de numerosos ordenamientos jurídicos, sin descuidar los parámetros antedichos y presentando las pautas de apreciación más salientes respecto a la temática en cuestión. De tal eminente construcción se intentarán transpolar al presente análisis las cuestiones procedimentales relevantes en cada modelo de acción de clase previsto, a fin de advertir un patrón de pautas generales que no habrán de soslayarse a la hora de configurar un modelo procesal de tales características dentro del ordenamiento autóctono.

Como primera medida a fin de enmarcar correctamente la tarea a acometer en este punto, conviene hacer la aclaración que no se trata de transcribir, palabras más, palabras menos, los análisis sobre cada ordenamiento que hicieran los eminentes autores citados, sino más bien de poner en relieve aquel dato diferencial que cada sistema aporta en función de encontrar, allí, los patrones recomendables a seguir en la construcción del modelo propio. Cada país obedece a una construcción y cultura procesal diferente, y cada una de esas ingenierías poseen piezas claves de funcionamiento; sobre tales engranajes no opera la idea de la importación *per se*, o sea, de transpolarlos así como así y pretender su encaje perfecto, pero si se impone, sobre todo respecto de aquellos puntos del mapa en los que la experiencia en procesos supraindividuales es más amplia, la necesidad de tomar a esos elementos como valores referenciales para la consecución de la propia ingeniería procesal.

Ya ingresando a la exploración propiamente dicha, se podría afirmar sin temor al error, que en materia de procesos colectivos en el marco del Derecho comparado, una

primera clasificación subyacente podría afincarse entre los ordenamientos que prevén a tal mecanismo de manera más orgánica y aquellos que, si bien no contienen una legislación ritual genérica en la materia, poseen instrumentos específicos que si lo contemplan. Entre los primeros, por lo menos en cuanto a los que aquí serán relevados, se encuentran la Mancomunidad de Australia, Canadá, la República Popular China, Suecia, la Federación de Rusia y la República Portuguesa; respecto de los segundos, se hallan comprendidos allí los de la República de Turquía, la República Francesa, la República de Finlandia, la República Helénica y el Estado de Israel. Vale aclarar que ordenamientos tales como el de la República Federativa del Brasil, el Reino de España y los Estados Unidos de Norteamérica no figuran en la presente clasificación porque ya han sido material de referencia y desarrollo extenso en otros acápites⁸, no obstante ello, es bueno advertir que todos ellos se corresponderían con el primer grupo, ya que en esos sistemas las acciones en clave supraindividual se encuentran profusamente desarrolladas mediante un marco instrumental genérico: en el primero de los países, a través de la *Ley de Acción Civil Pública*⁹ y el *Código de Protección del Consumidor*¹⁰; en cuanto al país Ibérico el marco ritual está dado por la *Ley de Enjuiciamiento Civil*¹¹, mientras que, en los Estados Unidos, la fuente normativa obligada en materia de acciones de clase resulta ser la llamada *Rule 23*¹². Respecto de todos estos instrumentos precitados, vale recorrer el presente trabajo para corroborar su valor esencial en la construcción de un marco procesal autóctono, de hecho, es la propia Corte Suprema quien, a través del Leading Case “*Halabi*”, fija a estos tres ordenamientos como fuente insoslayable a abrevar.

Respecto de los dos grupos de sistemas antes mencionados, cabe agregar que la regla en materia de dar fundamento al procedimiento colectivo, en ambos conjuntos, no pasa por encumbrar una naturaleza proyectiva supraindividual en los derechos, sino por

⁸ Ver Segunda Parte, Capítulo V, Acp. e, pp.323-339.

⁹ Lei N° 7347/85, *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*, (24/07/1985).

¹⁰ Lei N°8078/90, *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*, (11/09/1990).

¹¹ *Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, Reino de España*, (07/01/2000).

¹² *U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions.*

razones plenamente instrumentales que justifican la agregación procesal, siendo el factor más recurrente en todos los ordenamientos el de la conexión causal común, de hecho o de derecho, como rasgo de identidad. La excepción la constituyen tanto la República Portuguesa como la Francesa ya que ambas naciones prevén, dentro de su ordenamiento, a la proyección colectiva como dimensión o implicancia de ciertos derechos, sentando, desde allí, las bases sustantivas cuya respuesta procesal se refleja en el litigio supraindividual. En el caso de Portugal, la cuestión se ve planteada de manera sistémica, ya que es su propia Constitución la que consagra, a través del *derecho a la petición y acción popular*¹³ toda una herramienta instrumental para la defensa colectiva de diversas prerrogativas, Vgr: salud pública, derechos de consumidores y usuarios, calidad de vida, medio ambiente y patrimonio cultural y dominio público (Maurino, Nino y Sigal, 2005). En el caso del país Galo, el hecho de no existir una unidad sistémica en materia de procesos colectivos no implica, en modo alguno, que el instituto ritual no sea omnipresente dentro del ordenamiento jurídico, y ello se debe a que la mayoría de los *Codes* franceses¹⁴ contemplan esta solución instrumental ante los conflictos emergentes dimensionalmente colectivos en las más diversas ramas jurídicas. Hechas las aclaraciones y salvedades respectivas, corresponde ahora comenzar a relevar los distintos ordenamientos a fin de extraer, en particular, aspectos útiles a tener en cuenta.

La Mancomunidad de Australia cuenta, sólo a nivel federal, con una sistematización normativa en materia de procesos colectivos, a través de la Parte IVA de la Ley de la Corte Federal, que sienta los parámetros generales en torno a la materia, afectando a todos aquellos reclamos que puedan ser sustanciados por la vía Federal únicamente (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Yendo a las cuestiones atinentes a la legitimación y el

¹³ “Artículo 49. Derecho de petición y acción popular. 1. Todos los ciudadanos podrán presentar, individual o colectivamente, a los órganos de soberanía o a cualquier autoridad, peticiones, exposiciones, reclamaciones o quejas para la defensa de sus derechos, de la Constitución y de las leyes o del interés general. 2. Se reconoce el derecho de acción popular en los casos y términos previstos por la ley.”, Constitución de la República Portuguesa, (02/04/1976).

¹⁴ “...el Código del Medio ambiente, el Código del Trabajo, el Código del Consumo, Código de procedimiento Penal (legítima a asociaciones de lucha contra los crímenes de guerra y contra la humanidad, de defensa de residentes y deportados, de víctimas de actos de terrorismo, de víctimas de accidentes colectivos, etc.), Código monetario y Financiero (asociaciones de inversores en valores inmobiliarios), Código de Salud Pública (asociaciones de lucha contra el tabaquismo); etcétera...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.347).

procedimiento propiamente dicho, es digno de destacar, como primer característica, el piso mínimo de numerosidad que el sistema adopta, fijando un parámetro de siete o más miembros como para dar por legítimo al grupo de potenciales reclamantes contra un mismo sujeto, siempre y cuando estén acreditados, también, los parámetros objetivos que hacen a la tipicidad del reclamo. En lo procedimental, el ordenamiento del país oceánico prevé un aceitado sistema de notificación y comunicación pública a la clase, privilegiando el lenguaje “*no-legal*” y utilizando los medios gráficos y radiales para asegurar su alcance masivo; si bien la práctica habitual pone los costos de esta comunicación en cabeza de la parte demandada, puede obligarse a la parte demandante a absorber parte de los mismos cuando se imponga necesario. Otra cuestión relevante es la facultad que le asiste al Juez, en el marco del proceso supraindividual, de ordenar la sustitución del representante de la clase, siempre que considere que el mismo no se encuentra adecuadamente capacitado para ejercer tal representación, *Vgr.*: en general, esta falta de adecuación puede estar signada por criterios economicistas, ya que en caso de derrota de la parte demandante, las costas judiciales corren por cuenta del representante, y no de la clase, lo cual permite inferir la necesidad de solvencia financiera de aquel que se constituya como impulsor de la acción pluriindividual. (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

En el caso de Canadá, tanto el Código de procedimiento Civil de Quebec como las Leyes de procedimientos Colectivos de Ontario y British Columbia permiten afirmar la noción de organicidad de tales institutos, toda vez que su alcance regulatorio es de carácter general y profusa jurisprudencia ha ido extendiendo el mecanismo, incluso a las provincias que no contemplan un procedimiento de tal tipo. En este contexto, hay dos caracteres que merecen ser analizados, a saber: en primer lugar, el proceso colectivo canadiense prevé una instancia previa insalvable, que es la de *certificación* de la clase, que implica la valoración, por parte del tribunal, acerca de las condiciones de procedibilidad de la acción, esas condiciones son:

...(a) la existencia de un grupo identificable de dos o más personas; (b) que las pretensiones del grupo den lugar a asuntos comunes; (c) que la acción colectiva sea el procedimiento preferencial para resolver los asuntos comunes; (d) que el demandante represente justa y adecuadamente los intereses del grupo, no tenga conflicto sobre los asuntos comunes con los demás miembros del grupo y cuente con un plan viable para el progreso de la acción... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.341)

El punto (d) y sobre todo su última parte, ameritan un análisis más profundo ya que la exigencia de un plan viable para el progreso de la acción se relaciona, en palabras de Garry D. Watson Q.C. (2003), con los objetivos que el proceso colectivo intenta vigorizar en el país del Norte, que se traducen en garantizar esa “*viabilidad*” a partir de un mayor acceso a la justicia desde la óptica económica, al distribuir los costos del proceso entre los miembros de la clase, permitiendo la persecución de pretensiones que de otra manera se tornarían prohibitivas; además, a partir de evitar la replicación pretensiva en condiciones de identidad, algo que propende a decisiones inconsistentes y, por ende, a una alta tasa de ineficiencia judicial, se prohíja la finalidad de optimizar el mecanismo pluriindividual para que éste resulte eficiente en el plano de la viabilidad individual de cada reclamo; por último, la acción de grupo debe servir al sistema de administración de justicia para promover un cambio en el comportamiento, sobre todo a partir de decisiones que permitan sancionar, y dismantelar a futuro, conductas que, en los hechos, provocan daños poco relevantes en la esfera individual, pero que mirados desde lo colectivo implican graves distorsiones. Se mencionaba la estricta relación que esto tiene con el plan viable a acreditar por parte del impulsor de la demanda, y quizás el dato más saliente a tomar en cuenta para comprender acabadamente esa conexión sea que la procedibilidad de la acción de clase depende de que las condiciones y objetivos de la misma sean planificados adecuadamente por quien encabeza y representa la pretensión ya que, de otra manera, su destino inviable estará garantizado. Para sustentar un plan de acción viable, será imprescindible que el representante deje establecido al grupo representado lo concerniente a la distribución de costos y eventuales beneficios, la conveniencia de sumar la pretensión individual a la materia común, más la persecución de un remedio procesal que apunte a dismantelar totalmente la causa de la afectación a fin de proteger adecuadamente los intereses de toda la clase comprometida. Este plan viable será la pauta que los jueces tendrán en cuenta a la hora de evaluar si la demanda impetrada es procedente o puede tacharse como frívola o fastidiosa (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

El otro aspecto que consagra la legislación adjetiva canadiense, aunque sólo lo haga en algunas provincias, es el de la existencia de fondos públicos constituidos con la finalidad de cubrir los costos del litigio grupal a petición, y necesidad, de los

demandantes (Maurino, et. al, 2005). Esto podría conectarse al interés estatal en la protección de la clase, aun ante la falta de solvencia del representante.

En la República Popular China el sistema de acciones colectivas se corresponde con un procedimiento de alcance general y orgánico regulado, desde el año 1991, por la Ley de Procedimiento Civil. Quizás el rasgo más notable que contempla el sistema Chino es que fija dos tipologías de proceso bien diferenciadas, a saber: el procedimiento colectivo de numerosidad fija, y el procedimiento colectivo de numerosidad determinable a instancia del tribunal. En el primer caso, el piso mínimo de numerosidad es de diez o más integrantes, quienes al momento de la impetración de la demanda deberán elegir uno o más representantes para el pleito, aquí el alcance de la sentencia comprende, siempre, a todo el grupo representado. El segundo caso presenta dos elementos notorios, uno es que la fijación del número de integrantes de la clase se completa, a instancias del tribunal interviniente que es el encargado de expedir las notificaciones del caso, por intermedio de un mecanismo de *opt in* (opción por la inclusión) atado a un plazo perentorio fatal de treinta días, a fin de que toda persona cuyos derechos hayan sido idénticamente afectados pueda manifestar su elección por componer el grupo. El segundo elemento se enrola con el alcance de la sentencia que obliga, como va de suyo interpretar, a aquellos que se han acoplado a la clase oportunamente, pero además, la decisión también comprenderá a aquellos que, aun no habiéndose registrado en su momento, hayan incoado demanda similar dentro del período previsto para el *opt in* del proceso colectivo (Maurino, et. al., 2003); de esta última cuestión se colige que el sistema judicial Chino prevé la posibilidad de que las notificaciones para registrarse en una acción colectiva puedan no llegar a cumplir su finalidad de manera eficaz, dejando entonces abierta la chance de beneficiar a aquellos que ignoraban, presumiblemente, la existencia del pleito grupal y fueron por la vía más dificultosa de la demanda individual.

El ordenamiento Sueco es, quizás, uno de los más desarrollados en materia de procesos de clase, más allá de que su Ley de Procedimientos de Grupo sea de reciente factura¹⁵. Conforme a Vergara (2011), esta profusa evolución se debe, en gran medida, a la amplitud en materia de legitimación que ostenta el ordenamiento del país

¹⁵ *Group Proceedings Act, SFS 2002:599, (01/01/2003).*

escandinavo, así como también su extensión a cualquier tipo de asunto legal ha permitido una práctica constante del instituto de marras. Este estado Europeo contempla tres tipos de acción supraindividual, y las tres difieren según quien sea el legitimado para representar la pretensión colectiva. La primera de las modalidades es la que se denomina *acción individual de grupo* y es aquella que puede ser impulsada por uno de los afectados en representación de la clase. La segunda se corresponde con la llamada *acción organizacional*, que sólo operan en materia de consumidores y medio ambiente, y que legitiman para promover la pretensión a asociaciones del sector privado sin fines de lucro que propendan a los fines que hacen a la materia litigiosa. El último mecanismo consagrado normativamente es el de las *acciones públicas de grupo*, en las cuales, claro está, la legitimación recae sobre entes Estatales diversos, tales como un municipio, una agencia gubernamental, o un defensor oficial. Es importante tener en cuenta que tanto la identidad y tipicidad del reclamo son fijados, de manera apropiada, por el representante al momento de impetrar la acción, dando forma a la determinación de la clase como tal. Por esta razón, todo aquel que encaje en la descripción del grupo realizada deberá ser notificado a los fines de manifestar su deseo de participar, de alguna manera, en el litigio, quedando su incorporación al proceso supeditada a tal manifestación expresa (*opt in*). Al igual que lo visto en el ordenamiento Australiano, la solvencia financiera del representante será esencial para llevar a cabo todos y cada uno de los actos que hacen a la pretensión grupal, pero además, se agrega el requisito de la idoneidad, que significa que el representante se halle exento de entrar en conflicto de intereses con el grupo representado (Maurino, et. al., 2005).

El modelo para la Federación de Rusia, que también responde a una pauta organicista ya que contempla a las acciones colectivas en su Código de Procedimiento Civil¹⁶, consagra tres tipos de acción de clase muy similares a las de Suecia recién vistas, estableciendo legitimación de agencias estatales, organizaciones del sector privado, o ciudadanos para la defensa de derechos e intereses de un grupo determinado o indeterminado de personas. La mayor diferencia se establece en que, dentro del sistema integral, esa legitimación se fragmenta dependiendo de área temática del reclamo, es decir, en asuntos de Derecho comercial los ciudadanos carecen de

¹⁶ *Código de Procedimiento Civil para la Federación Rusa, N° 138, (14/11/2002).*

legitimación para encumbrarse como representantes de la clase, mientras que las agencias estatales sólo podrán representar al grupo en esta materia si prueban el interés público subyacente. Pero el elemento que justifica la especial mención que aquí se hace se relaciona con la sentencia de este tipo de procesos, ya que la misma, como regla en materia de consumo, sólo expande sus alcances, obligando a todo tribunal que tramite pretensiones en condiciones de identidad con el *thema decidendum* colectivo, en caso de ser favorable a los intereses del consumidor, consagrando que los efectos de la sentencia serán para todos los miembros de la clase si, y sólo si, da cumplimiento a esa condición necesaria (Maurino, et. al., 2005).

Portugal, como último país perteneciente al conjunto de naciones que contemplan, de manera orgánica, a las acciones de clase, posee, además de la particularidad sustancial ya reseñada oportunamente, un sistema adjetivo que parte de una amplísima legitimación para la defensa de los intereses del grupo afectado, tanto particular, como institucional y organizacional, hasta una precisa delimitación de los objetos procesales y los alcances y efectos de la sentencia ya que, desde su Carta Magna hasta su Ley de Acción Popular¹⁷, el ordenamiento abunda en previsiones normativas a tal efecto. Existen dos aspectos que hacen al interés del presente apartado y son aquellos que se encuentran en las acciones de clase en materia de responsabilidad civil; estos extremos que destacan por su carácter novedoso son: la atribución que compete al juez ante la indeterminación de los miembros del grupo afectado de fijar, de manera oficiosa, un monto indemnizatorio global a fin de conformar un fondo del que se liquidarán, consecuentemente y conforme vayan concurriendo los particulares damnificados alcanzados por la sentencia, las cuotas partes en calidad de resarcimiento por el padecimiento común. De permanecer durante tres años, desde el pronunciamiento, en condiciones de indemnidad tal fondo por no haber concurrido a él ningún particular, los montos pecuniarios allí depositados se transfieren a un patrimonio Estatal de afectación que tiene como finalidad el apoyo económico a otros grupos demandantes en otras acciones del mismo tipo. Por otra parte, lo que si es determinable de entrada en las acciones de clase portuguesas es la posibilidad de autoexcluirse del grupo (*opt out*), ya que esa opción está contemplada, específicamente, a los fines de garantizar que aquél

¹⁷ Ley de Acción Popular N° 83/95, (31/08/1995).

que no desee ni participar del proceso ni quedar vinculado por la sentencia, posea los mecanismos para poder hacerlo (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

Adentrándose ya en el aquí denominado conjunto de países que contemplan al proceso supraindividual de manera fragmentaria o específica, asoma la República de Turquía que consagra a la tipología de acción de marras en materia de consumidores y usuarios¹⁸, en defensa de la competencia y derechos artísticos e intelectuales¹⁹ y derechos laborales²⁰. El aspecto más saliente que emerge de este modelo adjetivo turco es la posibilidad que le brinda el Estado al demandante colectivo de tramitar su reclamo de manera gratuita (Maurino, Nino y Sigal, 2005), eliminando, de esa manera, un obstáculo natural de acceso a la justicia como es el de los costos asociados al litigio (Lorenzetti, 2010).

La República de Francia, con las particularidades ya expresadas a cuestras, cuenta con un profuso entramado de códigos de legislación, tanto sustancial como procesal, divididos por área temática que contienen a las acciones de clase como especie instrumental para la defensa de la afectación del plano supraindividual que, en ese país, se reconoce a ciertos derechos. En este sentido, una particularidad que revisten las cuestiones de legitimación en acciones colectivas referidas a materia laboral o de usuarios y consumidores es que, en estos casos, los legitimados operan por constitución de mandato expreso que pruebe adhesión de los representados y no revista oposición alguna (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Esta vía del mandato exigible se comporta, indirectamente, como un tipo de *opt in* contractual entre el representado y el representante, a fin de vincular al primero al proceso, mientras que la oposición expresa, en materia laboral, trunca la posibilidad de prosecución de la acción colectiva por parte de la asociación sindical. En cuanto al litigio centrado en daños y perjuicios, éste tendrá un objeto de naturaleza punitiva más que reparador, y la particularidad en este sistema

¹⁸ Ley N° 4822 de la República de Turquía, “Protección de los Consumidores”, (2003).

¹⁹ Ley N° 5846 de la República de Turquía, “Obras intelectuales y Artísticas”, (1951), Decreto N° 551/95 sobre “Protección de derechos de Patente”, (1995).

²⁰ Ley N° 4857 de la Rep. De Turquía, “Código del Trabajo”, (22/05/2003); Leyes N° 2821 y 2822, de “Asociaciones Sindicales”, (1983).

es que las asociaciones pueden ser acreedoras de la indemnización perseguida (Maurino, et. al., 2005).

Un país que a pesar de no contar con un sistema ni orgánico ni completo de instrumentación de acciones en clave supraindividual, reviste especial importancia en cuanto a ciertas novedades que aporta, es la República de Finlandia; allí subyacen dos caracteres que vale la pena destacar, como se decía, por lo novedoso de su sustancia. El primero de ellos es el previsto por la legislación procesal civil ordinaria, que contempla la posibilidad de acumulación de acciones en tanto y en cuanto las pretensiones ostenten rasgos de identidad o similitud. Sin lugar a dudas el punto más novedoso en la nación del norte de Europa es la que encierra el llamado sistema del *caso modelo* (Maurino, Nino y Sigal, 2005), algo que consiste en la previsión normativa, en materia de consumo, de que un caso que pudiera tener significativas implicancias en la rama jurídica predicha, obtenga colaboración y participación activa, hasta incluso en términos económicos, del Estado a través del Defensor del Consumidor, asumiendo éste una tarea coadyuvante en la defensa ejercida por los representantes de la clase consumeril afectada, promoviendo la idea de transformar lo allí resuelto en un “*Leading Case*” en la materia. De todas maneras, vale aclarar que hasta la fecha, los alcances de la sentencia en estos casos modelo siguen siendo individuales, es decir, ajustan sus efectos a cada uno de los demandantes particulares que participaron en la acción (Maurino, et. al., 2005).

Continuando con el análisis de modelos normativos foráneos, y ya en el ámbito de países en los que la legislación es fragmentaria, es momento de analizar las notas salientes dentro del ordenamiento griego. En el país helénico, en efecto, la noción de acciones colectivas no responde a un esquema normativo genérico, sino a diversos instrumentos que lo consagran y regulan conforme a cada área determinada. En ese contexto, es de destacar que en materia de consumo las asociaciones se encuentran, como en muchos otros sistemas, legitimadas para la defensa del interés común de un conjunto de consumidores, pero de acuerdo a la legislación instrumental griega²¹, para que ello sea así deberán cumplimentar una serie de requisitos, a saber: que su objeto estatutario contemple la defensa de los intereses colectivos, que cuenten con, al menos,

²¹ *Ley de la Rep. Helénica N° 2000/91, (1991); Ley de la Rep. Helénica N°2251/94, (1994).*

quinientos miembros afiliados y que figuren en el registro de asociaciones especialmente constituido con una antigüedad no menor a dos años del momento de incoar la demanda. Por otra parte, cuando la demanda de clase ha sido impetrada en concepto de daños y perjuicios frente a proveedores de bienes y servicios, el objeto de la pretensión será castigar la conducta ilícita del demandado, por lo cual los montos fijados en la sentencia serán de naturaleza exclusivamente punitiva, y no resarcitoria. Esos montos pagados en ocasión de dar cumplimiento a la condena serán destinados, en todos los casos, a fondos para la asistencia económica de la protección de usuarios y consumidores, constituyéndose, para el caso, un verdadero patrimonio de afectación (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Es de hacer notar que estos caracteres, en el sistema consumeril helénico, desvirtúan la herramienta de la acción de clases propiamente dicha, en favor de un instrumento procesal más cercano al proceso estructural.

El Estado de Israel, como último mojón del presente recorrido, muestra un conjunto de leyes consagradorias de tipos procesales que, en parte, se asemejan bastante a las notas más significativas de las *Class Actions* norteamericanas, manteniendo los aspectos generales de identidad, tipicidad y numerosidad que aquellas consagran²². Un detalle a resaltar, que se corresponde con su carácter fragmentario, es la posibilidad de hallar, dentro del mismo sistema, una coexistencia entre la opción de autoexclusión (*opt out*) y la de participación expresa en el proceso (*opt in*), algo no tan habitual en otros ordenamientos. Se mencionaba que ello se explicaba, en gran medida, en la falta de organicidad, lo que permite que en materia de Sociedades o Mercado cambiario, por ejemplo, la regulación fije un plazo perentorio (cuarenta y cinco días en el último caso y sesenta en el primero) para ejercer la opción de autoexcluirse del proceso, mientras que en materia medioambiental, la opción que le compete al potencial afectado es la de manifestar su incorporación al litigio. En otro orden de cosas, el sistema israelí prevé la facultad de participación procesal de las autoridades públicas, aunque sin reemplazar al representante de la clase, Vgr.: en el caso de la Ley de Mercado Cambiario, el correrle vista al Abogado General es obligatorio. Además de esta suerte de participación

²² Como ejemplo de ello, los eminentes autores aquí seguidos mencionan a la “...Ley de Protección Ambiental (Acciones Civiles) de 1992, reforma a la Ley Antimonopólica de 1992, reforma en 1994 a la Ley de Protección al Consumidor, reforma de 1996 a la Ley Bancaria (servicios al cliente), reforma en 1996 a la Ley de Supervisión de las Transacciones de Seguros y Ley de Sociedades de 1999...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.350)

coadyuvante, las autoridades públicas pueden decidir, siempre y cuando la entidad del interés ventilado en el proceso lo amerite, financiar los costos asociados al litigio, pero ello será en forma provisional y sujeto a reembolso en caso de resultar exitosa la demanda. Queda claro con sólo observar las materias de litigio predichas, que el fuerte del sistema adjetivo supraindividual del Estado israelí se centra en los reclamos colectivos de tipo patrimonial, aunque estos no sean el tipo de reclamo permitido en algunas áreas, *Vgr.*: los procedimientos en materia ambiental (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

Como colofón de este apartado, vale la pena rescatar que cada uno de estos ordenamientos, ya sea aquellos que regulan al proceso de clases de manera orgánica como aquellos que lo hacen en forma fragmentaria, muestran aristas y particularidades que complejizan, en el mejor sentido, la tarea empeñada de construir un modelo orgánico de acciones supraindividuales argentino, ya que no se podrá, a partir de lo descrito, circunscribir la materia a la replicación de un sistema por sobre los demás, por más que ese sistema sea de probada eficacia, ni, tal como se decía al arrancar el acápite, intentar absorber cada rasgo particular bajo la pretensión de conjugarlos y hacerlos funcionar de manera automática; el diseño e implementación de una tipología procesal es una misión de naturaleza casi artesanal, que obliga al legislador a agudizar la observación de todas estas experiencias, algunas aquí recorridas, para redefinir, con cierto prejuicio cultural si se quiere, nuevos conceptos autóctonos que rescaten la esencia de lo estudiado, pero que encarnen los altos objetivos de eficacia que toda herramienta para impartir justicia debe poseer. Estos principios que parecen casi filosóficos, se tornan prácticos en la hora actual, ya que la construcción de las acciones de clase argentinas está en plena evolución. Por ello la profunda utilidad del presente análisis, por ello también el valor de reconocer la tarea realizada por los autores citados en tal periplo.

e. Legitimación procesal y certificación de la clase

De todas las cuestiones que se advierten como relevantes en torno al perfeccionamiento de un modelo de acciones de clase en el ordenamiento argentino, emergen como de esencial tratamiento y análisis los dos puntos que hacen, ni más ni menos, a la entrada al proceso colectivo. Estos elementos que dan apertura a la vía jurisdiccional son la legitimación procesal y la certificación de la clase.

En oportunidad de abarcar la temática del amparo colectivo como vía procesal más genérica y usualmente utilizada para la defensa de derechos de incidencia colectiva a falta de otra vía más idónea, se profundizó acerca de los tipos de legitimación procesal que la Carta Magna reconoce para la representación, ante los tribunales, de los reclamos de naturaleza supraindividual, dando precisiones, inclusive, acerca de los distintos sujetos legitimados y las posturas doctrinarias al respecto; por ello, en cuanto a lo enunciativo, a aquel desarrollo se remite²³.

Lo que aquí realmente se impone analizar es cómo se adecúa aquel esquema de legitimados constitucionales para la defensa de prerrogativas con implicancias colectivas en una *fattispecie* instrumental como las acciones de clase ya que, como se verá a continuación, una de las consecuencias más plausibles de la mora legislativa en materia procesal, denunciada por la Corte en el *Leading Case* “Halabi” ha sido, justamente, la ausencia de criterios o pautas generales de valoración del requisito insalvable a detentar por la capacidad procesal de los legitimados extraordinarios, tal y como es que esa representación sea adecuada. Ni la jurisprudencia en tal sentido, ni “...el enfoque parcial y sesgado...” (Verbic, 2013, pp.87) de la legislación vigente, que hoy opera como única regulación existente, han podido aportar soluciones precisas a una problemática que se expresa, tal como lo manifiestan, desde diferentes puntos pero con una misma perspectiva sobre la complejidad del asunto, los Dres. Carrillo (2011) y Gil Domínguez (2011)²⁴, en la necesidad de atender a que este parámetro axiológico

²³ Ver al respecto: *Segunda Parte, Capítulo V, Acp. b, pp. 294-299.*

²⁴ El Dr. Carrillo (2011), en su obra, hace referencia a que la ausencia de un marco normativo taxativo en cuanto a los criterios de validación de la capacidad procesal ponen en duda, por ejemplo, si la idoneidad, en el caso del Defensor del Pueblo es un filtro para esa validación, o debe presumirse, en tal caso, que la idoneidad como

antedicho no se puede valorar de la misma forma con todos aquellos sujetos que gozan de legitimación en el proceso colectivo.

Pero para comprender mejor el por qué la problemática causa, y ha causado, estragos en cuanto a la disparidad de criterios a la hora de admitir, o rechazar, reclamos judiciales supraindividuales fundados en la idoneidad, o ausencia de ella, de quienes impetraban tales acciones se impone, previamente, hacer un pequeño repaso respecto a las clases de legitimación que el ordenamiento reconoce en esta materia.

Cuando se habla de legitimación procesal se está hablando, en verdad, del sujeto sobre el que habrá de recaer “...la cualidad emanada de la ley para deducir una pretensión ante la justicia...” (Lorenzetti, 2010, pp.138), como presupuesto para la constitución válida del proceso, trazando una diferenciación respecto a la noción de legitimidad en materia sustantiva, que se asocia a la conexión existente entre el sujeto y el derecho propiamente dicho. La Corte ha expresado que el artículo 43 2^{do} párr. de la Constitución Nacional es el paradigma del esquema de legitimados extraordinarios en aquellos procesos en los que lo que se ventile sean asuntos referidos a derechos de incidencia colectiva, y la propia fórmula de la Carta Fundamental es la que remite, taxativamente²⁵, a la legislación vigente a fin de que allí se establezcan requisitos y formas de organización.

Vale decir que, en materia de procesos colectivos, la legislación que delimita, de alguna manera, las condiciones y requisitos de estos sujetos procesales está encarnada por la Ley de defensa de consumidores y usuarios y la Ley del Ambiente, en tanto y en cuanto se establecen allí cuestiones específicas acerca de estos legitimados²⁶. Por lo

representante de la clase se demuestra, en rigor, por su calidad funcional. El Dr. Gil Domínguez (2011), en cambio, parte de un razonamiento diferente, ya que da por sentado, tomando el mismo ejemplo del Defensor del Pueblo, que la idoneidad de éste es una presunción iure et de iure; lo que el eminente autor se pregunta, en cambio, es si por ese cartabón de exigencia debería pasar alguien como el afectado, un tipo de legitimado que representa la máxima expresión de sintonía entre la titularidad del derecho y el ejercicio de su defensa, como representante de la clase. En definitiva, ambos especialistas coinciden en que los puntos oscuros que impiden dar respuesta a sus preguntas se desprenden de la falta de regulación al respecto.

²⁵ “Art. 43.-...el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”, *Const. Nac. Arg.*

²⁶ Arts. 52, 55, 56 incs. e, i, 57 y 58 de la Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014); Art. 30 de la Ley N° 25.675, “Ley General del Ambiente”, (28/11/2002).

cual, al hablar de legitimados extraordinarios directos (afectado), funcionales (Defensor del Pueblo) e institucionales (Asociaciones) se está haciendo referencia a todos aquellos sujetos procesales comprendidos por la norma constitucional, pero además, habilitados por la legislación especial, aunque esta resulte fragmentaria en cuanto a sus parámetros, máxime si se tiene en cuenta que, desde la postura sostenida en el presente trabajo, ni las clases de legitimados ni sus condiciones o requisitos se limitan a los recién mencionados, tal como se desarrollara en el punto en el que se patentizó tal posicionamiento²⁷.

Ahora bien, una vez internalizada la idea de quiénes son los sujetos que, potencialmente, se encuentran legalmente estatuidos de capacidad procesal colectiva, corresponde explorar cuáles son los criterios reglados en torno a que esa representación sea adecuada, ya que resulta de vital importancia determinarlo de manera fehaciente a los efectos de

...respetar el derecho de defensa de todos los potenciales integrantes del sector, que pueden o no estar de acuerdo con el objeto del litigio o el modo en que se plantea;...[propiciar]...una actitud laxa al momento de revisar la legitimación puede derivar en la intervención judicial en asuntos que le competen a los poderes representativos (o en el sentido de electivos o emergentes de elecciones populares) y por lo tanto comprometer el principio de división de poderes;...la primera defensa a oponer por la demandada (generalmente grandes empresas, grupos económicos relevantes y el propio Estado) será la falta de legitimación [basados en la inidoneidad];...la sentencia tendrá efectos expansivos, con lo cual se vigoriza el deber de los jueces de examinar la legitimación (y también la representatividad), no sólo liminarmente, sino también el curso del proceso... (Lorenzetti, 2010, pp.138-139)

Estos conceptos vertidos por el eminente autor no hacen más que reafirmar lo que al principio se planteaba; es tan crucial que los jueces analicen sesudamente los extremos que hacen a la validez de la capacidad procesal, Vgr.: la experiencia reciente, más la opinión de ciertos autores abona la idea que el celo jurisdiccional ha tenido, inclusive,

²⁷ Basta recordar que, en oportunidad de explorar los diferentes sujetos procesales comprendidos desde la hermenéutica constitucional, la postura elegida apuntaba a incorporar a los mencionados a los legitimados estatutarios o legales (Asociaciones sindicales y colegios profesionales), y a la persona jurídica Estatal en materia de derechos colectivos. Ver al respecto: Segunda Parte, Capítulo V, Acp. b, pp. 298-299.

ribetes restrictivos en cuanto a esta cuestión²⁸; como que el marco normativo logre reunir a los mismos de herramientas objetivas a la hora de hacer tales valoraciones, a fin de evitar innecesarias contradicciones. Ese marco normativo debe fijar pautas de idoneidad en la representación de la clase de manera indiscutible, a fin de que éstas constituyan una garantía tanto para los sujetos integrantes del grupo afectado, en cuanto a su derecho de defensa, como a la parte demandada, en cuanto a tener certidumbre de estar frente a un interlocutor válido en el proceso.

Fijado esto como punto de análisis, corresponde preguntarse ahora: ¿existen en el marco jurídico actual estos parámetros de representación adecuada?, o ello continúa, a pesar de los esfuerzos de “*Halabi*”, siendo materia que goza de cierta discrecionalidad por parte de los jueces. Responder a estos cuestionamientos es comprender acabadamente, como se decía, qué implica tal requisito en la validación procesal de quien intenta representar a un grupo determinado o determinable de personas.

Carrillo (2011) plantea lo que se podría denominar como un test de pautas para determinar la representación adecuada en un caso en clave supraindividual, en efecto, el eminente autor resalta una serie de aspectos insoslayables a tomar en cuenta a la hora de validar la idoneidad del legitimado, a saber:

...a. Determinación y compromiso con la causa. b. Disponibilidad de tiempo y recursos económicos para sostener el trámite complejo y oneroso que, en general, demanda un proceso colectivo. c. Ausencia de conflictos de intereses con los restantes miembros de la clase. d. Así como la calidad de las postulaciones iniciales y la diligencia procesal... (Carrillo, 2011, pp.12)

Está claro que cada sujeto procesal deberá pasar por este tamiz conforme sus propias características intrínsecas, es decir, no serán los mismos los resultados de tal test en un legitimado directo (afectado), respecto a uno institucional (asociaciones); no obstante ello, tal como se intentará probar, las condiciones de representatividad adecuada, en general, pueden ajustarse a todos los tipos de representantes. Pero antes de ir

²⁸ Baste observar como ejemplo, el excelente análisis que hace en su comentario al Fallo, el Dr. Pagés Lloveras, en cuanto a que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial utilizó un criterio restrictivo y poco convincente respecto a negarle legitimación procesal a una asociación que pretendía la defensa de ciertos intereses de un grupo determinado de personas. (Pagés Lloveras, R.M., 2013, “La legitimación de las asociaciones en las acciones colectivas referidas a derechos individuales homogéneos”, Comentario al Fallo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Red Argentina de Consumidores (Asoc Civil) c. Banco Patagonia S.A. s/ sumarísimo”, 2013-08-30, LA LEY 29/11/2013, 29/11/2013, 6 - LA LEY2013-F, 360).

directamente a la demostración de estos criterios de idoneidad en cada caso conviene, a fin de poder comenzar a responder los cuestionamientos pendientes, realizar un rápido cotejo entre estos parámetros y el marco legal existente en materia procedimental colectiva en el país que, para el supuesto específico de las acciones de clase, no es otro que la Ley de Protección consumeril.

A grandes rasgos, la Ley de defensa del consumidor, en lo atinente al proceso colectivo, establece como criterios de valuación de la legitimación adjetiva tres grandes vectores: **1.** Necesidad de ser afectado directo u objetivamente afectado, o amenazados derechos de usuarios y consumidores²⁹; **2.** Gratuidad respecto a la sustanciación del proceso³⁰; **3.** Opción de autoexclusión del proceso (*opt out*)³¹, reconociéndole esa calidad al usuario o consumidor afectado, a las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas, cuya finalidad sea la defensa, educación e información al consumidor y, eventualmente, al Defensor del Pueblo en virtud de sus calidades funcionales.

Tomando ambos modelos, y comparándolos, se puede afirmar que el punto **(a)** del primer esquema se ve, aunque sea parcialmente, representado por el punto **(1)** del segundo, ya que será innegable la determinación y el compromiso con la causa de aquél que resulte afectado por un hecho, lo que no permite concluir, y he allí su sesgo parcial, que un afectado individual tendrá un compromiso acorde a una adecuada representación respecto a la causa común, ya que de ello se trata la acción de clases, cosa rápidamente a salvo en el caso de las asociaciones, aunque no resulte tan claro, en ese caso, si el compromiso de éstas con cada potencial miembro de la clase se verá patentizado en medidas concretas, *Vgr.*: comunicación fluida con el grupo representado, convocatoria activa a fin de interesar a potenciales afectados, etc. En lo concerniente al punto **(b)**, y

²⁹ Arts. 52 y 55, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

³⁰ Art.54 *In Fine*, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

³¹ Art.54, 2^{do} párr., Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

prosiguiendo la comparación, se hace notar que aquí la legislación marca un significativo avance, en efecto, el punto (2) plantea la eliminación de uno de los escollos que suelen atentar, o incentivar negativamente, la posibilidad de protagonizar la representación de una clase en litigios de este tipo; este obstáculo removido es el económico, ya que al garantizar la gratuidad del proceso se está, al decir de Galeazzi y Verbic (2014), asegurando un paso adelante en pos de nivelar las desigualdades naturales que se presentan en este área del derecho, e incentivar al crecimiento de la vía tutelar supraindividual. Los puntos (c) y (d), por último, serían cotejables con el punto (3) del esquema consumeril ya que, ante el conflicto de intereses o el desacuerdo, por parte de un miembro de la clase, con la lógica procedimental llevada adelante por el representante conllevaría como única solución reglada su opción de autoexclusión, pero ello, al no poseer mayores precisiones al respecto, plantea el riesgo de la replicación de reclamos individuales, impetrados por los autoexcluidos, con idénticas causales a la acción colectiva en curso, aumentando las posibilidades de sentencias contradictorias (Gordillo, 2011).

En definitiva, si bien se puede observar cierta coherencia entre los parámetros comparados, los últimos no dejan de pertenecer a una fórmula normativa fragmentaria y aislada sólo a su aplicabilidad en procesos en materia de consumo

...desconociendo la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela, cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas, como en gran medida ocurre con los procesos colectivos... (Giannini, 2013, pp.254)

Así que, a manera de respuesta a las preguntas que se hicieran al marcar el punto de análisis sobre validación procesal, el concepto que se impone es el de afirmar que, en términos generales, esos criterios dependen, en la hora actual, más del dispendio judicial que del marco normativo, inexistente en materia procedimental propiamente dicha, y sólo cubierta de manera parcial en materia de consumo.

Retomando el primer esquema descripto, y yendo ahora al terreno de lo deseable en función de los vacíos legales ya reseñados, corresponde tamizar por él a cada uno de los legitimados extraordinarios que el proceso colectivo admite, a fin de ver como estas pautas encaminan la idoneidad de cada sujeto en el caso concreto.

El primer legitimado para ejercer la representación de la clase es el afectado, o sea, cualquiera de los miembros de la clase en tanto y en cuanto puede actuar por sí mismo, como titular de una “*cuota parte*” del derecho de incidencia colectiva invocado, *Vgr.*: tal es el caso de Autos “*Halabi*”, o como representante expreso del grupo comprometido (Lorenzetti, 2010). La determinación y compromiso con la causa será innegable, aunque subyace el problema de determinar si el compromiso, en el caso de quien demanda por sí, atañe más a su porción diferenciada, o a la causa homogénea de la que es cotitular. En este sentido, quizás sea un aporte a tener en cuenta lo que la propia Corte Suprema ha construido con su trascendente rol activista en “*Halabi*”, ya que allí, en lugar de discurrir acerca de los alcances representativos del Dr. Halabi, lo que el cimero tribunal hizo fue extender, a niveles exponenciales, los alcances y efectos del *thema decidendum*, buscando otorgarle al trámite instrumental el valor de solución supraindividual, algo similar, si se quiere, a lo visto en el acápite anterior dentro del sistema finlandés en cuanto a la utilización de un litigio como “*caso modelo*”, ello trae como posible consecuencia que no sea necesario acreditar, por parte del afectado individual, su compromiso con la causa homogénea, ya que la certificación de esa homogeneidad en términos concretos se efectúa por el grado de identidad de cada potencial miembro de la clase a medida que concurra a acreditarla a fin de verse beneficiado por la sentencia, es decir que, en circunstancias de este tipo, la regla para ir conformando la clase sería la del *opt in*, o sea, la de la opción por la inclusión o agregación al proceso. Cuando el afectado actúa como un cotitular expreso de un grupo identificado con una causa común de afectación, la cuestión se torna más sencilla, ya que su doble posicionamiento como miembro de la clase conculcada y legitimado procesal hacen presumir su compromiso y determinación con la suerte del proceso en ciernes.

Respecto a la disponibilidad de tiempo y recursos económicos para sostener el trámite colectivo, el nivel de idoneidad de afectado dependerá más de los incentivos que el sistema prevea a efectos de salvar las dificultades que de sus propios méritos o cualidades. Esto significa que acreditar la ausencia de estos obstáculos, tiempo y dinero, no debería ser, a priori, una exigencia insalvable hacia el legitimado directo, sino más bien un punto a tomar en cuenta para que un marco regulatorio adecuado resignifique estos parámetros en una motivación hacia la vía supraindividual, a través de la celeridad

y la gratuidad del procedimiento, por lo menos en lo que hace a la demanda común. Ello salvaguardaría, por lo menos respecto a este punto, la adecuada representación de la clase por parte del afectado.

En cuanto a la ausencia de conflicto de intereses con los restantes miembros de la clase, como a la calidad de postulaciones iniciales y diligencia procesal, la regla aplicable para todos los legitimados (institucionales, estatutarios y Defensor del Pueblo), no sólo para el afectado, además de la opción por la exclusión, debería centrarse en tres medidas procesales, a saber: **a.** La posibilidad de cualquier miembro de la clase de “...*intervenir en el proceso para controlar el ejercicio adecuado de la representación del legitimado grupal...*” (Giannini, 2012, pp.19) a fin de poder, entre otras medidas, denunciar el conflicto de intereses subyacente; **b.** La exigencia de presentar un plan de viabilidad del proceso, por parte del legitimado, tanto al tribunal como a los miembros de la clase ya determinados, con el objeto de conocer cuál será la estrategia procesal que el representante de la clase pretende adoptar, algo que puede definir la motivación a participar, o no, del litigio por parte de los integrantes del grupo. Este criterio se emparenta con un instituto similar observado en el ordenamiento canadiense en oportunidad de su análisis en el apartado anterior; **c.** La facultad del juez, en base a criterios fundados en cualquiera de estos dos motivos, *Vgr.:* conflicto de intereses del representante con la clase o inviabilidad del plan de acción, de reemplazar al representante de la clase en el litigio a fin de garantizar el efectivo derecho de defensa de todos aquellos miembros que no han de participar en el proceso.

Prosiguiendo con los legitimados extraordinarios, emerge el caso de las asociaciones en sentido amplio³², en las cuales la determinación de su grado de compromiso con la causa que involucra a la clase podrá advertirse desde dos aristas, una formal y otra concreta o material. En cuanto al aspecto formal, el ligamen de la asociación con la pretensión colectiva estará dado por el objeto de su propia constitución, es decir, los fines que tal organismo pretende alcanzar con su existencia; la relación insalvable entre estos fines y el bien jurídico supraindividual vinculado al proceso es lo que define esa

³² Desde aquí se postula una interpretación más amplia que la de los legitimados institucionales propiamente dichos, propiciando la incorporación como sujetos idóneos para ejercer representación de la clase a los llamados legitimados estatutarios o legales, *Vgr.:* asociaciones sindicales y colegios profesionales. Ver al respecto nota al pie N° 27 de Segunda Parte, Capítulo V, Acp. b, pp. 297.

determinación y compromiso desde lo formal; respecto de lo material, va de suyo colegir que su relación institucional con la defensa de un derecho determinado garantiza, en lo concreto, un alto grado de compromiso con la causa que puede verse reflejado en los niveles de profesionalismo, seriedad e idoneidad general en el manejo de reclamos de esta índole, sin obviar, además, que ese grado de determinación hacia el reclamo colectivo podrá ser auditado por la clase en tanto y en cuanto ésta posee acceso a las metas institucionales de la asociación representante (Lorenzetti, 2010). Algo similar ocurre con los llamados legitimados estatutarios, pero allí, a diferencia de los institucionales, el contralor se auto limita por el marco normativo o estatutario que les da razón de ser, Vgr.: la Ley de asociaciones sindicales le otorga la capacidad, a las mismas, de defender los intereses individuales y colectivos de los trabajadores³³. La recomendación a tener en cuenta para estos casos, es la posibilidad de exigir, por parte del tribunal, la acreditación efectiva de que la asociación u organismo se encuentra ajustada, formalmente, a los requisitos establecidos por el Código de fondo³⁴ o por las leyes o estatutos que regulan su existencia.

En lo tocante al punto **(b)** del esquema de pautas de idoneidad, queda claro que la capacidad de las asociaciones en cuanto a que su objeto de constitución es, esencialmente, el velar por los intereses del sector que representan, se impone indubitable; no obstante ello, la celeridad y gratuidad del proceso, también en los casos en que la representación es ejercida por estas instituciones, continúa siendo un incentivo importante para las mismas, ya que, de otra manera, no habría motivación suficiente, debido a los altos costos que implican este tipo de procesos, tampoco para las llamadas organizaciones del tercer sector. Ello, además de un flaco favor a la actividad tuitiva de las asociaciones, podría dejar libre el camino de la representación institucional a

...grandes estudios corporativos (entrepreneur firms, según la práctica habitual en los EEUU)... [que]...estarían en condiciones de financiar una acción de tales características (siempre que, además, las indemnizaciones y honorarios obtenidos sean suficientes para justificar dicho esfuerzo). Ello

³³ “Artículo 31. — Son derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial: ...a) Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores; ...”, Ley N° 23.551, “De Asociaciones Sindicales”, (14/04/1988).

³⁴ Arts. 168 al 224 inclusive, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

lesionaría, en los hechos, la amplitud con la que el constituyente y la cultura procesal argentina han receptado la legitimación para la defensa de derechos de incidencia colectiva... (Giannini, 2012, pp.19).

El último de los legitimados en materia supraindividual es el Defensor del Pueblo, quien posee capacidad procesal funcional en virtud de lo establecido en la Carta Magna al respecto³⁵. Tal como se mencionara, su calidad adjetiva está fundada en una pauta de legitimidad anómala funcional, que importa la defensa o protección de los intereses generales de la población o de un grupo determinado o determinable de sujetos (Lorenzetti, 2010); en tal sentido, va de suyo indicar que, tal como afirma Gil Domínguez (2011), su idoneidad como defensor de los intereses homogéneos de la clase se presume *iure et de iure*, es decir, sin admitir prueba en contrario; *Vgr.*: nadie podría admitir el incumplimiento, por parte del *ombudsman*, de alguno de los requisitos reseñados por el esquema de idoneidad sin caer, en todo caso, en un incumplimiento del funcionario que, puntualmente, estuviera ocupando tal cargo, pero en ningún caso se podrá tratar de una falencia funcional de la institución como tal. Otro aspecto a tener en cuenta respecto del Defensor del Pueblo es “...*el carácter adhesivo respecto a un reclamo interpuesto por otro de los legitimados en el artículo 43, 2º párrafo de la Constitución Nacional...*” (Lorenzetti, 2010, pp.152) que éste ostenta; tal elemento funcional merece ser rescatado ya que, a partir de él, se puede considerar la noción de participación coadyuvante en defensa de los derechos de la clase, algo que presenta un perfil más que interesante para el sujeto de marras, a saber: la participación del *ombudsman* puede contribuir a la garantía de defensa adecuada de los potenciales miembros de la clase ausentes en el litigio, algo no siempre garantizado por los distintos legitimados procesales ya vistos; su intervención en el proceso también puede ser útil a fin de auditar la diligencia procesal del representante de la clase, ello no importa ni reemplazar la tarea del juez ni pretender encumbrar al Defensor del Pueblo en tareas más acordes al Ministerio público, sino que su misión, en este sentido, debiera estar dirigida a mantener a resguardo los intereses de la clase, aun por encima de quien eventualmente los represente en juicio.

³⁵ Arts. 43 y 86, *Const. Nac. Arg.*

La legitimación procesal colectiva, en definitiva, podrá recaer en cualquiera de los sujetos reseñados, dependiendo del mérito, oportunidad o envergadura del reclamo, y de las distintas modalidades que se asuman a fin de constituir la clase; así, por ejemplo, en materia de una acción de clase por daños y perjuicios, podría ejercer la representación adecuada del colectivo tanto uno de los damnificados directos; *Vgr.:* aquél que primero presentara la demanda o fuera designado para hacerlo; como una asociación en sentido amplio, quedando limitada la participación del Defensor del Pueblo a su adhesión como defensor de los intereses generales de la clase involucrada, dada la especial restricción que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha planteado respecto a su participación en causas de contenido patrimonial³⁶. A lo antedicho cabe agregar que es necesario diferenciar bien que la representación del grupo lesionado sólo se mantendrá durante la sustanciación del proceso colectivo propiamente dicho, quedando fuera del alcance del legitimado toda actuación que se corresponda con la vía incidental por la cual, cada particular damnificado habrá de acreditar su daño diferenciado, es decir, la legitimación procesal supraindividual siempre será interpretada bajo los extremos de la causa homogénea y nunca en reemplazo de la pretensión individual ya que, como bien señala la doctrina, ello “...chocaría con una de las pautas básicas que marca la Corte Suprema en cuanto a que no se puede litigar por otros (en nombre de terceros)...” (Lorenzetti, 2010, pp.142).

A manera de cierre de la cuestión referida a la idoneidad en la representación colectiva, deviene oportuno traer a colación un buen ejemplo, digno de imitar desde la postura aquí sostenida, de pautas generales de validación judicial de la idoneidad del sujeto procesal como forma de traducir los parámetros teóricos esquematizados oportunamente, a conceptos concretos y tangibles de apreciación; el ejemplo que aquí se cita es el del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica que, en su Art. 2^{do}, Acp. II, párrafo 2^o establece:

...En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como: a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c – su conducta en otros procesos colectivos; d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del

³⁶ C.S.J.N., “Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. –dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 330:2800, (26/06/2007).

grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase...³⁷

Estas pautas concretas deberán ser validadas por el juez al momento de la presentación de la demanda, aunque ello no obsta a que el magistrado, en su carácter de director del proceso, pueda reevaluar la cuestión atinente a la legitimación en cualquier otra oportunidad procesal previo, claro está, a la sentencia, pudiendo arbitrar diferentes medios (algunos de ellos han sido mencionados en renglones anteriores) a fin de subsanar cualquier falencia que pueda poner en riesgo tanto el debido proceso adjetivo, como el derecho de defensa de las partes.

En el otro extremo de la apertura del proceso colectivo surge la certificación de la clase. Ya se ha desarrollado *in extenso* en otro punto del presente capítulo lo tocante a los elementos intrínsecos de tal certificación, por eso a tales conceptos se remite a fin de un mejor entendimiento, lo que vale la pena refrescar, al menos enunciativamente, es cuáles son esos contenidos a acreditar en el procedimiento de marras, y éstos deberían ser tres: la identidad, la numerosidad y la tipicidad de la clase, aunque este último se asume más como elemento de la *causa petendi* y no de la certificación propiamente dicha.

Como primera aproximación, cabe decir que desde aquí se prohíja la idea de que el proceso de certificación de la clase ocupe un estadio procesal primario, de previo y especial pronunciamiento, que encarne a la oportunidad de admisibilidad del proceso colectivo, es decir, que al momento de la impetración de la demanda colectiva, el tribunal habilite el término para resolver la admisibilidad de la misma basado en la existencia, o no, de certificación adecuada, *Vgr.*: el ordenamiento canadiense en la materia prevé un sistema de certificación de la clase previa al comienzo de la dinámica procesal propiamente dicha (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

En función de sus elementos, esta cuestión se ordena partiendo de la numerosidad, algo que implica la procedencia de la acción en base a “...*el elevado número de personas perjudicadas...*” (Salgado, 2014, pp.24); numerosidad que se medirá, desde la perspectiva cualitativa, por el impacto que esa cantidad de afectados importa en cuanto

³⁷ Capítulo I, Art. 2°, Acp. II, párr. 2°, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, (28/10/2004).

a su relevancia socio-jurídica, *Vgr.*: casos en los cuales la expansión cuantitativa del daño conlleva un efecto proyectivo de potenciales damnificados de número considerable, lo cual se conecta con una mirada social disvaliosa. Desde la perspectiva cuantitativa, el número de reclamantes determinados debe asumir cierta relevancia, *Vgr.*: algo que, como ya se ha visto en ocasión de recorrer el derecho comparado, se mensura a partir de un piso mínimo de integrantes de la clase; tales son los casos de Australia, Canadá y la República Popular China. En la Argentina, conforme los extremos sentados por “*Halabi*” y replicados en posteriores decisorios, es el leal saber y entender de los jueces, en su rol de directores del proceso, el que media para determinar la relevancia numérica de la clase; desde lo cuantitativo será el número de sujetos integrantes de la pretensión común que hayan de concurrir al proceso la base de la medida a definir razonablemente, mientras que, desde lo cualitativo, esa razonabilidad se empleará en la estimación, acudiendo a diversos métodos para lograrla, como pericias, testigos, etc., de la medida aproximada de la clase comprometida o determinable (Lorenzetti, 2010).

El segundo elemento a acreditar es el de la identidad de la clase. Esto es, sin más, los factores de hecho o de derecho que resultan comunes a todo el grupo involucrado, *Vgr.*: los abogados usuarios de servicio telefónico en “*Halabi*”; los Abogados discapacitados motrices en “*Labatón*”; a *contrario sensu*, la vasta comunidad de consumidores en “*Proconsumer c. Loma Negra*”³⁸. Lorenzetti (2010) afirma que, para una correcta interpretación de qué significa la identificación del grupo deviene necesario comprender que

...la clase debe estar definida de modo que todos los sujetos que la integran puedan quedar obligados por la sentencia que se dicte, o bien puedan invocarla en acciones ulteriores, para lo cual es aconsejable la utilización de un criterio objetivo, debiendo desecharse los meramente subjetivos (ej.: intenciones de los reclamantes)... (Lorenzetti, 2010, pp.130)

Por ello es importante, además, que esos criterios objetivos sean claros de tal forma que puedan ser asequibles por el nivel de comprensión medio de una persona no letrada (Lorenzetti, 2010).

³⁸ C.S.J.N., “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, *Id Infojus*: FA15000001, (10/02/2015).

En términos procedimentales, la demanda colectiva deberá “...*Identificar, describir y definir al grupo involucrado a efectos de definir los límites subjetivos del proceso...*” (Salgado, 2014, pp.24) algo que, en esta etapa, el juez podrá corregir a fin de salvar posibles incoherencias y problemas de superposición de categorías, así como también gerenciar evaluando las posibles defensas, producción de pruebas, etc. (Lorenzetti, 2010).

El tercer elemento es el de la tipicidad. En un apartado anterior se explicitó que, a diferencia de otros sistemas, como el norteamericano, en el ordenamiento instrumental argentino este tema asume una fisonomía particular, estrechamente vinculada a la *causa petendi*, es decir, al derecho invocado en la pretensión común. En efecto, el sistema nacional prescribe, a partir de los extremos sentados por “*Halabi*”, que la condición esencial de esa tipicidad, su causa, es su dimensionalidad colectiva, que “...*genera una conexión jurídica entre la situación de diversos sujetos, que permite un encuadre único y común de ciertos hechos a los fines de una pretensión jurídica...*” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.205).

Este elemento precitado, por su pertenencia a la pretensión más que a la certificación de la clase, sólo será valorado por el juez en función de corroborar que “...*el reclamo del individuo que promueve la acción debe estar basado en el mismo curso de eventos y envolver los mismos argumentos legales que los que involucran al resto de la clase...*” (Lorenzetti, 2010, pp.131). Esto, que en otro contexto se advertía como la diferencia entre el sistema de las *Class Actions* norteamericanas y el orden local, aquí se enrola, desde el punto de vista del tribunal en su tarea de homologar tal certificación, con la ilación lógica que debe existir entre identidad de la clase y tipicidad del reclamo ya que, de no existir tal coherencia, la certificación causal de la clase sería imposible (Lorenzetti, 2010).

Como colofón del presente apartado, vale agregar que la certificación de la clase es lo que dará fundamento a la legitimación procesal, ya que toda evaluación posible acerca de la idoneidad de quien incoa una demanda de clase queda supeditada a su representación adecuada de ese grupo, de esa clase determinable o determinada, más allá de toda regla general que pueda existir en torno al tema, lo que previene acerca de la preeminencia, dentro del proceso, de cada instituto (Carrillo, 2011).

f. Publicidad durante el proceso y sistema de notificaciones

Una temática que resulta de vital importancia en el contexto de las acciones de clase es el relativo a su publicidad y comunicabilidad, es decir, a aquello que vincula al procedimiento colectivo con el conocimiento público en general, por un lado, y la debida puesta en autos a las partes, por el otro.

La propia naturaleza de la tipología instrumental bajo análisis impone la idea de propender a metodologías que permitan un alto nivel de información en la sociedad acerca de los extremos sustanciados en un pleito de estas características; un buen argumento para justificar tal exigencia, a priori, podría encontrarse en la relevancia social que asumen, en general, las prerrogativas afectadas a un proceso colectivo, máxime teniendo en cuenta que en esta clase de litigios se debaten, como señalan Maurino, Nino y Sigal (2005), principios y valores solidaristas, o fraternales, de elevada intensidad, extremos que atañen, en cuanto a la expectativa que puede despertar su destino, a la comunidad *in totum*, independientemente que la causa pueda quedar circunscripta a una clase de sujetos determinada o determinable.

Otro fundamento que da substancia al principio de comunicación procesal obedece, claro está, a una cuestión más endógena que se corresponde con la propia identidad y consolidación de la clase demandante, ya que lo que se pretende con una elevada atención a la fluidez y eficacia en la notificación es que el grupo damnificado logre, durante la dinámica del procedimiento judicial, consolidarse como un núcleo de afectados determinados a fin de dar certidumbre jurídica a las partes y garantizar, además, el marco necesario para que la mayor cantidad posible de sujetos en condiciones de identidad puedan ejercer, adecuadamente, su derecho a la defensa en juicio, y verse, eventualmente, favorecidos por la respuesta jurisdiccional en el caso concreto. Al respecto, el Dr. Lorenzetti señala tres puntos fundamentales que dan sentido a la notificación como herramienta del proceso, ellos son:

...1) permite conocer si la clase es realmente determinada o determinable, porque la notificación presupone la identificación; 2) facilita el ejercicio del derecho de defensa de los miembros, incluyendo la opción de integrarse o no a la clase; 3) permite interrumpir la prescripción... (Lorenzetti, 2010, pp.134)

Tales razones constituyen una de las precondiciones necesarias para garantizar las posibilidades de participación y defensa en el proceso supraindividual (Maurino, Nino y

Sigal, 2005). La otra precondition necesaria, tal como se mencionara, es la de la publicidad.

Quizás el fundamento más poderoso para comprender el valor que asume la publicidad de este tipo de procesos haya que buscarlo, tal como afirmara la Corte suprema, en que será menester “...*que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos...*”³⁹. Estas medidas adecuadas que el cimero tribunal reclamaba en su decisorio son, entre otras, las publicaciones efectuadas mediante edictos en Boletines Oficiales, la utilización de medios de comunicación masivos para la difusión de la existencia del proceso propiamente dicho y la creación de registros, locales y nacionales, de procesos colectivos, a fin de proporcionar un medio de acceso a la información por parte de todos los ciudadanos. Respecto a ello, en materia de usuarios y consumidores, la propia ley regula, de manera específica, las cuestiones pertinentes a la publicidad procesal de sentencias y resoluciones, así como lo tocante a la implementación de registros por parte de la autoridad de aplicación⁴⁰. Una cuestión conexas que tampoco se puede soslayar en la hora actual, es que medios como internet, así como otros mecanismos electrónicos, pueden llegar a erigirse en formas de exposición muy útiles en el objetivo de dar cumplimiento a estos estándares planteados por la Corte.

En esta pauta fundamental de las acciones de clase, cohabitan dos factores que deben ser atendidos al momento de considerar cualquier medida tanto de publicidad, como de notificación, ellos son la modalidad y los costos. Ambas cuestiones serán fundamentales para procurar la efectividad y alcance, según la modalidad elegida, y la garantía de acceso y conveniencia, conforme los costos asociados a la opción tomada. De estos parámetros dependerá, como bien apunta Giannini (2012), el nivel de onerosidad y complejidad que el sistema de publicidad y notificaciones asumirá, y por

³⁹ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.20

⁴⁰ “ARTÍCULO 54 bis.- Las sentencias definitivas y firmes deberán ser publicadas de acuerdo a lo previsto en la ley 26.856. La autoridad de aplicación que corresponda adoptará las medidas concernientes a su competencia y establecerá un registro de antecedentes en materia de relaciones de consumo.”, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

ende, el mayor o menor incentivo que ello implicará para las partes y para la ciudadanía en general; *Vgr.*: sería tan negativo para la publicidad el escoger metodologías muy crípticas, es decir, excesivamente subordinadas al ámbito de los operadores jurídicos (ej.: periódicos especializados u otras publicaciones de ese tipo), como abusar en la redacción del aviso, o en la publicación en un registro especial, de términos técnicos o instrumentos de esa especie, alejados del nivel de conocimiento medio de la población; del mismo modo que una modalidad inadecuada de notificación impactaría negativamente en su eficacia (ej.: exceso de información técnica, falta de precisión en la descripción de aquella información que se está notificando, etc.). Asimismo, una excesiva carga onerosa en estos mecanismos, sobre todo por el alcance que éstos deben tener, podría provocar una restricción de tipo economicista incompatible con los fines que el proceso colectivo pretende alcanzar (Giannini, 2012).

Teniendo en cuenta estos fundamentos y criterios de elección, corresponde ahora adentrarse en los métodos más adecuados para dotar a las acciones de clase de estas herramientas esenciales.

Los Dres. Maurino, Nino y Sigal (2005) señalan, con gran acierto, que las acciones de clase no son la primera experiencia de proceso colectivo, en sentido lato, que el ordenamiento argentino recepta, sino que existen dos especies de procedimiento universal, el proceso concursal y el sucesorio, que revisten antecedentes muy valiosos a la hora de buscar referencia en materia de publicidad y notificaciones. Estos mecanismos instrumentales, por su propia naturaleza, cuentan con aceitados instrumentos en este sentido, y poseen el valor agregado, como remarcan los eminentes autores, de pertenecer, desde sus orígenes, al esquema institucional de la Republica, respondiendo, en general, a las reglas más enraizadas de la cultura procesal argentina. Ello importa una preferencia inevitable en lo que a fuentes de referencia se trata, ya que cualquier otro modelo foráneo diluye sus vinculaciones con los principios generales en la materia, conllevando al riesgo de presentar mayores dificultades en su implementación.

En materia de publicidad, la arquitectura del proceso concursal prevé la existencia de un registro especial, a los efectos de dejar constancia allí de todos los juicios iniciados, que será de consulta obligatoria por parte de quienes inicien procesos de estas características (Maurino, Nino y Sigal, 2005). Esta herramienta, en la medida que

contribuye a brindar, en el caso del concurso, el conocimiento necesario para la participación de los interesados, es absolutamente transmisible al supuesto de las acciones de clase, básicamente, porque la creación de un registro de iguales características para el tipo procesal de marras permite, como primera medida, adunar beneficios concretos

...tanto desde una perspectiva sistémica, que pone foco en el correcto funcionamiento de la administración de justicia, como desde una perspectiva de garantía, que pone foco en el derecho de defensa y la autonomía individual de los miembros del grupo ausentes en el debate... (Capaccio, Verbic, 2014)

Esta transmisión de logística instrumental desde una experiencia clásica, como es la del registro concursal, hacia la noción de un registro de procesos colectivos se perfeccionaría, tal como se verá a continuación, con decisiones concretas desde lo institucional, que vinieron a confirmar la necesidad de dotar al sistema de un estamento registral que llenara tales funciones en materia de acciones supraindividuales.

El 23 de Septiembre de 2014 sería una fecha clave en la manifestación acerca de aquello que el máximo tribunal de la Nación tenía que decir respecto a esa posibilidad. En efecto, el cimero tribunal debía resolver en una causa que reflejaba, en sus contenidos pretensivos, cuestiones análogas a otros decisorios llevados a cabo en diferentes jurisdicciones del país. Ello impuso, en la Corte, la necesidad de consagrar, en letra perenne, toda una consideración respecto a la compleja problemática que ello implicaba; en efecto, expresaría que

...durante el último tiempo este Tribunal ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país. Esta circunstancia genera, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución -cautelar o definitiva- favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente.

Por estas razones, y en atención a que los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional, el Tribunal estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas en el que deban inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales del país.

La existencia de un Registro de Acciones Colectivas tiende entonces a evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia. Asimismo, el

*registro brindará información a los tribunales y a los legitimados colectivos o individuales acerca de la existencia' de procesos de esa naturaleza y favorecerá el acceso a justicia al permitir a los habitantes conocer la existencia de procesos y sentencias de las que puedan ser beneficiarios...*⁴¹

Consagrando como solución, ante lo expuesto, la creación de un Registro de acciones colectivas.

Tal respuesta institucional llegaría mediante la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 32/2014⁴², que implicaría no sólo la creación de un registro público de procesos colectivos de acceso libre y gratuito dependiente de la Secretaría de Gestión de la CSJN, con la consecuente invitación a los Poderes judiciales provinciales a celebrar convenios con ella a fin de sumarse al sistema registral creado, sino que además, y como anexo a la propia acordada, sentaría las bases instrumentales del mecanismo registral a través de la creación de un reglamento a tal efecto.

El citado reglamento dispone que en el Registro público quedarán inscriptos, de manera ordenada, todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos indivisibles como aquello que promuevan acciones de clase en materia de bienes individuales homogéneos⁴³, prescribiendo tal inscripción obligatoria para todo tipo de causa colectiva radicada ante los tribunales de la Nación cualquiera fuera la vía procesal elegida (amparo, juicio ordinario, habeas Corpus, etc.)⁴⁴. Impone, además, la obligación del juez en que radica la causa de proporcionar la información pertinente, por vía electrónica, (nombre y domicilio de las partes y de los letrados intervinientes; identificación de la clase involucrada en el caso colectivo mediante una descripción sucinta, clara y precisa; identificación del objeto de la pretensión, del bien colectivo de que se trata o, en caso de intereses individuales, de la causa fáctica o normativa homogénea y del elemento colectivo que sustenta el reclamo; que se ha dado

⁴¹ C.S.J.N., “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo”, *Id Infojus: FA14000143*, (23/09/2014), *Consid. 7*.

⁴² C.S.J.N., *Acordada N° 32/2014, N° Expte. 5673/2014*, (01/10/2014).

⁴³ *Art. 1, “Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos”, Anexo de Acordada N° 32/2014, N° Expte. 5673/2014*, (01/10/2014).

⁴⁴ *Art. 2, “Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos”, Anexo de Acordada N° 32/2014, N° Expte. 5673/2014*, (01/10/2014).

intervención al Ministerio Público Fiscal⁴⁵, identificándose la unidad interviniente y el carácter en el cual la Fiscalía participa en el proceso; y copia de la resolución que declara formalmente admisible a la acción colectiva) al registro, en detalle y con todas la particularidades que, luego de la admisión formal de la acción de marras, serán también contenido de las notificaciones a toda persona que pudiera tener interés en el mismo⁴⁶. Establece un sistema de notificación electrónica, detallando cuál será el contenido de tal comunicación, así como también cual es el procedimiento (plazos, autoridad de contralor, etc.) de respuesta e información por parte del Registro y la consecuente inscripción definitiva de la causa radicada⁴⁷. Por último, el reglamento prevé los mecanismos de acceso a la información por parte de la ciudadanía, garantizando su gratuidad, su fácil acceso a través de una página web a tal efecto⁴⁸ y su sistematización simplificada (Nombre de las partes, tribunal interviniente, materia, características del bien a tutelar y composición de la clase) a fin de que ésta sea inteligible para la comprensión media del indocto⁴⁹.

Lo fundamental a tener en cuenta es que la Corte, a través de la creación de este instituto, da cumplimiento efectivo a la implementación de medidas adecuadas de publicidad que el propio tribunal había reclamado en “*Halabi*”, dando por terminado el debate, por lo menos en lo instrumental, y propiciando un paso más en procura de la consolidación de las acciones de clase en la Argentina.

Ahora bien, analizando el tema desde la perspectiva de evaluación planteada al comienzo del presente acápite, el de la modalidad y los costos o, si se quiere, sumando, además, el aporte de Giannini (2012), quien plantea el tamiz de la complejidad y onerosidad como filtros insoslayables para calificar la eficacia, o no, de la herramienta, va de suyo colegir que el mecanismo reseñado llena las expectativas ampliamente ya

⁴⁵ Arts. 25, inc. a y 41, Ley N° 24.946, “*Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal*”, (18/03/1998).

⁴⁶ Art. 3, “*Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos*”, Anexo de Acordada N° 32/2014, N° Expte. 5673/2014, (01/10/2014).

⁴⁷ Arts. 4, 5 y 6, “*Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos*”, Anexo de Acordada N° 32/2014, N° Expte. 5673/2014, (01/10/2014).

⁴⁸ URL: <http://servicios.csjn.gov.ar/CauColCons/>

⁴⁹ Arts. 7, 8 y 9, “*Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos*”, Anexo de Acordada N° 32/2014, N° Expte. 5673/2014, (01/10/2014).

que: **1.** la presente modalidad registral mantiene, en lo sustancial, una coherencia sistémica con el ordenamiento argentino, tal como reclamaban los Dres. Maurino, Nino y Sigal (2005) en opinión que, oportunamente, fuera transcripta; **2.** Los costos asociados a la logística de emplazamiento y funcionamiento del registro son absorbidos, enteramente, por el Estado, por lo cual libera absolutamente el escollo de la onerosidad para las partes al consagrar la gratuidad de acceso al sistema; **3.** Es de esperar que a medida que el Registro vaya aceitando su interacción con los tribunales y con las partes en cuanto a la información allí disponible, irá sentando las bases para la simplificación, por acción del uso y costumbre, de su dinámica funcional, lo cual implica, en un plazo razonable, un avance en contra del encriptamiento y la complejidad que podrían acarrear otro tipo de mecanismos; **4.** Por último, en la medida que la previsión reglamentaria de ir celebrando convenios entre los poderes judiciales de todo el país y el supremo tribunal nacional se vaya materializando, el alcance y la efectividad en lo tocante al conocimiento general de la ciudadanía será, cada vez más, una realidad asequible.

En materia de notificación, algo que, como se recordará, atañe a la certidumbre e identidad de la clase, al ejercicio del derecho de defensa y a la interrupción de la prescripción (Lorenzetti, 2010), también se han registrado avances que merecen ser analizados, sobre todo, porque para el caso del proceso de marras, el mecanismo tradicional de notificación personal⁵⁰ en el caso de una clase determinada no parece encumbrarse como una solución pasible de superar el test de eficacia ya descrito, sobre todo, como señala Giannini (2012), por la carga onerosa excesiva que podría significar el libramiento de centenares, o incluso, miles de cartas o cédulas a fin de dar cumplimiento a tal extremo. Este avance en materia de notificaciones tiene que ver, estrictamente, con un nuevo paradigma que ha sentado, en primer término, la Ley N° 26.685⁵¹, y más recientemente, a través de una Acordada que reglamenta su implementación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁵⁰ Arts. 135 al 144 del Cód. Proc. Civ. y Com. De la Nación, Ley N° 17.454, (T.o. 1981).

⁵¹ Ley N° 26.685, “Autorízase la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales”, (30/06/2011).

En efecto, por intermedio de la Acordada N° 3/15⁵², la Corte reglamenta la implementación del sistema de notificaciones electrónicas, obligatorias y exclusivas, para todas las causas que tramiten bajo la órbita del Poder Judicial de la Nación con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales⁵³. Vale agregar que este marco regulatorio se extiende, también, al sistema de publicación de edictos, una cuestión comunicacional fundamental cuando se trata de acciones de clase en donde la misma no ha sido determinada al momento de la certificación, quedando abierta la vía para que cualquier interesado que pudiera estar en condiciones de identidad con el grupo, pueda incorporarse.

Tanto en el caso de la notificación, como en lo tocante a la publicación edictal, el sistema de comunicación electrónica viene a dar una respuesta eficaz al problema de la onerosidad y la complejidad de la comunicación procesal, aunque vale hacer la salvedad que, en el caso de los edictos judiciales, la cuestión de la modernización del soporte no termina de resolver lo atinente al alcance ya que, como apuntan Kalafatich y Verbic (2015), el ciudadano de a pie difícilmente desayune leyendo edictos o boletines Oficiales, sean éstos en el soporte que sean. En virtud de ello, los autores precitados, convienen en afirmar que, en materia de crear conocimiento general acerca de la existencia de procesos en clave supraindividual, existe una amplia diversidad de medios que merecen ser explorados, tales como

...banners informativos en la página web de la demandada, publicidad televisiva, carteles en las oficinas, publicidad en redes sociales de la demandada y de instituciones públicas y del tercer sector involucradas en la temática, emails, mensajes de texto y anuncios expresos en las facturas, entre otros... (Kalafatich y Verbic, 2015, pp.1394)

En la continuidad del desarrollo de la comunicación procesal en materia colectiva, corresponde ahora analizar lo tocante al momento de la comunicación y oportunidad de participación en el proceso a partir de ello. Estas cuestiones adquieren mucha importancia ya que, tal como indican Maurino, Nino y Sigal (2005), un exceso

⁵² C.S.J.N., Acordada N° 3/15, N° Expte 7630/2011, (19/02/2015).

⁵³ Pto 10, Acordada N° 3/15, N° Expte 7630/2011, (19/02/2015) y Art. 1°, Ley N° 26.685, “Autorízase la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales”, (30/06/2011).

de liberalidad en materia de comunicación y participación en las acciones de clase conllevaría a un anquilosamiento insalvable del proceso, que impactaría directamente sobre las chances de acceso real y efectivo a la justicia, mientras que, por otra parte, un sistema preclusivo, en cuanto a la participación de los interesados, demasiado encorsetado en la ritualidad, sin que el mismo pueda garantizar idéntica diligencia en materia de comunicación, traería como consecuencia una limitación irrazonable a la garantía de defensa en juicio. Por ello, e independientemente que va de suyo interpretar que la preclusión es un principio insustituible en todo procedimiento judicial, por ser el que aporta certidumbre y progresividad al mismo, será necesario, ya que en la hora actual esto no se halla sistematizado, encontrar un mecanismo de presentación de “...*término fijo y preclusivo*...” (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.270) que permita, a la vez de preservar las garantías mencionadas para los potenciales miembros de una clase, brindar seguridad jurídica a la parte demandada, a partir de propender a certificar la clase en plazos razonables. En oportunidad de repasar algunos proyectos de ley en la materia, se hará hincapié en marcar cuáles deberían ser esos plazos y términos a fin de dar cumplimiento a las garantías procesales en juego.

A modo de cierre del presente acápite, y con la idea de aportar una mirada propositiva, pero atenta a la importancia que asume la comunicación en el proceso colectivo, se traen a colación las palabras de los Dres. Kalafatich y Verbic (2015), sobre todo porque se comparte aquí el posicionamiento y advertencia que sus expresiones denotan en el sentido de que

...Si esta falta de modernización en el modo de comunicarnos en el marco del proceso es cuanto menos delicada en el campo de los procesos individuales, en el contexto de casos colectivos asume, lisa y llanamente, un carácter peligroso. Peligroso para los miembros del grupo representados por el legitimado colectivo, peligroso para la efectividad de la solución dictada por la eventual sentencia a dictarse y peligroso para la legitimidad del sistema frente a la sociedad. Desde el derecho comparado y ante a falta de regulación de un modelo de notificación adecuado en el esquema de acciones colectivas en Brasil, Gidi ha sostenido que una de las repercusiones negativas de la falta de comunicación adecuada es el debilitamiento del poder político de las acciones colectivas y del poder de movilización social de los miembros del grupo afectado... (Kalafatich, Verbic, 2015, pp.1392-1393).

Será, entonces, una construcción inteligente y acorde a los tiempos que corren la que permita salvaguardar a las acciones de clase como tipologías procedimentales genéricas, de arbitrios ineficientes, de obstáculos innecesarios y, sobre todo, de estímulos negativos hacia la sociedad en general respecto a su utilización; y en ello, las cuestiones relativas a la comunicación procesal como forma de crear conocimiento y garantizar, a la ciudadanía, el acceso a la jurisdicción y su derecho de defensa o, su posibilidad de, eventualmente, autoexcluirse del mismo, asumen un rol cardinal que amerita mucha agudeza, por parte del legislador, a fin de hallar las fórmulas normativas más adecuadas, de otra forma, los peligros augurados por los autores precitados, serán realidades que terminarán por poner en jaque a la idea de un sistema general de acciones de este tipo.

g. Determinación de rubros indemnizatorios colectivos e individuales

Para una mejor comprensión del presente punto de análisis, es preciso reiterar que, como principal objetivo, una acción de clase de Responsabilidad Civil en tutela de prerrogativas individuales homogéneas siempre apunta, en su núcleo procesal, a la determinación de los presupuestos comunes de esa Responsabilidad (Lorenzetti, 2010), por lo cual, toda cuestión que no haga a los derechos de la clase como un grupo consolidado, quedan exentas del trámite central del litigio.

No menos cierto que lo antedicho resulta ser que en la propia naturaleza de la pretensión pluriindividual coexisten, de manera inescindible, tanto los efectos comunes del daño acaecido, como los detrimentos padecidos en la esfera individual de cada uno de los miembros de la clase conculcada, y que la expectativa de cada uno de ellos como integrantes de ese colectivo se halla depositada en la reparación de ambas esferas; *Vgr.:* sería impensado que alguien se sintiera motivado a participar en un proceso de estas características si ello importara, por ejemplo, una renuncia tácita a cualquier pretensión de resarcimiento sobre el daño sufrido de manera diferenciada a la clase. Es por ello

que, a la hora de su trámite, el proceso en clave supraindividual debe contemplar una vía tangible para que, una vez clausurado el mecanismo nuclear de determinación del daño homogéneo, ese dato sea algo más que un indicio para acreditar el padecimiento individual, tanto en materia patrimonial como extrapatrimonial.

Muchas veces, el impacto del daño alcanza a numerosos sujetos, pero la entidad del mismo, traducida en montos pecuniarios puede, calculado ello individualmente, resultar insignificante en comparación con los costos a afrontar en el reclamo individual (Lorenzetti, 2010). Esta arista que también da fundamento al proceso colectivo marca que, prácticamente, la única cuantificación de daños que se sustanciará durante ese proceso será la homogénea, es decir, la correspondiente al trámite nuclear adjetivo, no existiendo casi ningún incentivo para el reclamo diferenciado; *Vgr.*: lo que sucede habitualmente en casos en los que se ventila la responsabilidad civil de una empresa por la aplicación de incrementos de cuota insignificantes en lo individual (ej.: \$3,99), pero muy relevantes en cuanto a la numerosidad e identidad de la clase (consumidores con tarjeta de crédito que financiaban sus operaciones), que lleva a colegir que una vez fijado el rubro a indemnizar de manera homogénea (restitución de los montos descontados de manera ilegítima a todos los clientes) y operada la reparación por los mismos medios en que fuera ocasionada la detracción (restitución mediante crédito a favor del cliente, por ej.), el daño patrimonial o extrapatrimonial diferenciado es insubsistente, por lo cual el único incentivo posible para los sujetos damnificados es la vía de fijación resarcitoria homogénea descripta⁵⁴.

En el otro extremo de la construcción lógica, puede existir un daño que se proyecta, de manera homogénea, sobre un grupo determinado de sujetos, pero el daño diferenciado que cada uno sufre en la esfera individual resulta ser tan relevante, o más, que el menoscabo patrimonial o extrapatrimonial común. Esta cuestión, que buena parte de la doctrina (Giannini, Rosales Cuello y Guiridlian Larosa, Sagüés y Rivera h., entre otros)⁵⁵ ha identificado con una causal de improcedencia de las acciones de clase, basada en el argumento esgrimido en “*Halabi*” acerca de que si el ejercicio individual

⁵⁴ *Cam. Nac. Com., Sala D, C.A.B.A., “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer - c. Garbarino S.A.I.C. s/ordinario”, La Ley Online AR/JUR783623/2013, (08/11/2013).*

⁵⁵ *Ver al respecto, Primera Parte, Capítulo II, Acp. b, pp.79 y ss., en donde estas opiniones han sido reflejadas.*

de una demanda por daños apareciera enteramente justificado, ello empecería a encontrar incentivos necesarios para llevar a cabo una demanda colectiva. Desde aquí, en postura que ya se ha justificado a lo largo del presente trabajo, no se comparte tal argumento, ya que la falta de justificación de ejercicio individual planteada por la Corte aduce no a un criterio cuantitativo: *Vgr.:* lo que en el Derecho Norteamericano se llama *marketability*, que significa la posibilidad real de hallar un adecuado servicio legal en el mercado, en cuanto a su costo y en relación proporcional con los montos esperables de resarcimiento individual (Lorenzetti, 2010), sino a un criterio cualitativo, relacionado con que

...el hecho de que algunos individuos afectados tengan incentivos y posibilidades suficientes para la defensa individual, y la ejerzan en virtud de circunstancias personales, no enerva su incidencia colectiva si en términos estructurales existen condiciones y circunstancias que impidan u obstaculicen el efectivo acceso a la justicia de los integrantes del grupo afectado... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.193)

O, como bien señala Lorenzetti (2010), lo que deja de justificar la acción individual termina siendo la predominancia de las cuestiones de hecho o de derecho comunes por sobre aquellas diferenciadas en cuanto a que, procesalmente, la más justa y eficaz solución de esa controversia homogénea se solventa a través de acciones supraindividuales, propiciando el marco adecuado para la mejor acreditación de los presupuestos comunes al grupo, cuestión cualitativamente más compleja en el marco del proceso bilateral clásico.

Como se decía, puede existir el supuesto de un proceso en el que la reparación común sea menos significativa al daño diferenciado padecido por cada afectado; *Vgr.:* un buen ejemplo de esto es “*Defensoría del Pueblo c Edesur*”⁵⁶ en donde el resarcimiento común alcanzaba al reintegro de la facturación devengada durante el tiempo en que subsistió la falta de suministro eléctrico, pero el daño patrimonial y extrapatrimonial diferenciado en cabeza de cada uno de los afectados por el corte energético resultó muchísimo más oneroso que los montos reintegrados; tal motivo es lo que justifica que las vías reparatorias diferenciadas, en términos procesales, no sean sólo

⁵⁶ *Cam. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com., Sala 1, C.A.B.A., “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR SA s/ responsabilidad por daños”, Id Infojus: FA00030001, (16/03/2000).*

cuestiones de tratamiento periférico dentro de esta temática, sino que asuman la relevancia que la propia cuestión, como se advierte, impone. Lo contrario deviene en un incentivo negativo para la sustanciación de acciones de esta naturaleza.

Estas dos perspectivas del tema conducen, directamente, al análisis de por qué resulta tan importante arbitrar, de manera eficiente, los mecanismos adecuados para determinar y liquidar el resarcimiento, tanto en la faz colectiva como individual.

En definitiva, cuando se está haciendo mención a esto, se está hablando, en verdad, de la tipología de proceso en sí mismo, ya que tanto la calificación y cuantificación del daño, como así también lo atinente a las cuestiones probatorias, hacen a la génesis del mecanismo instrumental, tal como se observará a continuación.

En el ordenamiento jurídico nacional, el marco de referencia obligado respecto a este tema es el concerniente a la Ley de defensa de usuarios y consumidores, ya que allí, de manera específica, se regula lo concerniente a la determinación y liquidación de los rubros indemnizatorios colectivos e individuales en el contexto de estas acciones. En efecto, el Art. 54 de la citada norma expresa, respecto al daño homogéneo patrimonial, que

...Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado...⁵⁷

El primer dato a tomar en cuenta es que, respecto de su calificación, el daño homogéneo deberá ser resarcido de acuerdo al principio de reparación plena e integral, ello es “...la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...”⁵⁸, cuando ello se traslada a la concepción de los efectos comunes en un proceso de clase, implica la fijación de un

⁵⁷ Art. 54, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁵⁸ Art. 1740, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

rubro indemnizatorio hasta el límite de esa unidad homogénea, es decir, hasta el máximo denominador común de cuantificación del daño que haya impactado sobre toda la clase, *Vgr.*: una vez acreditada la responsabilidad del agente dañador, el daño se cuantifica tomando a la clase como un núcleo indivisible, en virtud de su homogeneidad; este es el mecanismo observable en “*PADEC c SWISS Medical*”⁵⁹ ya que allí la restitución ordenada se correspondía con el porcentaje detraído de manera ilegítima (por medio de cláusulas abusivas en el contexto de un contrato de adhesión) a cada afiliado que había sufrido los incrementos injustificados, pero el resarcimiento patrimonial que el tribunal recomendaría fijar fue equivalente al monto total retraído al conjunto de afectados. Dentro de ese rubro común resarcible, claro está, se debe atender a reparar, de manera plena, los efectos nocivos padecidos por el núcleo homogéneo, esto es, la restitución del conjunto damnificado al estado anterior en el que éste se encontraba, sin considerar aquello que implique la reparación plena de cada sujeto damnificado en su esfera particular.

Esto importa, entonces, la determinación de rubros indemnizatorios colectivos en base a un daño nuclear, de naturaleza homogénea, indivisible en su fijación procesal y divisible, claro está, en la etapa de liquidación del resarcimiento. La Corte lo ha expresado claramente al decir que

*...la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho...*⁶⁰

Ergo, el daño a reparar plena e integralmente durante el proceso concentrado es el que dimana de esos efectos comunes.

Prosiguiendo con el instituto consagrado por la ley consumeril, vale advertir que la misma fija tres procedimientos posibles para la liquidación del rubro indemnizatorio

⁵⁹ C.S.J.N., “*PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*”, *Id Infojus*: FA13000127, (21/08/2013).

⁶⁰ C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, *Fallos* 332:111 (24/02/2009), *Consid.* 13.

establecido, a saber: **a. el procedimiento restitutivo**, “...Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas...”; **b. la indemnización colectiva**, “...mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación...”, Vgr.: la exigencia del depósito de una suma total en concepto de resarcimiento que será, oportunamente, liquidado por el tribunal a cada miembro de la clase que concurra a exigir el pago de su cuota parte debida; **c. El mecanismo de *Fluid Recovery***, “...si no pudieran ser individualizados,[los miembros de la clase] el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado...”.

El primero de ellos es el que se ha encumbrado como el más usual en la experiencia nacional en materia de acciones de clase ya que, en general, en los jueces ha prevalecido la idea de condenar a los demandados a restituir los importes detraídos bajo el mismo mecanismo en que éstos hubieron de ser devengados; un claro ejemplo de ello es el citado Fallo “*PROCONSUMER*”⁶¹. Este mecanismo, a decir de Verbic (2009), procura la divisibilidad en la liquidación del resarcimiento ante la identidad, ya determinada, de cada uno de los miembros de la clase. Tal como plantea el autor, lo que en este supuesto prima es la cuestión de la celeridad en el proceso reparatorio ya que, una vez fijado el daño resarcible homogéneo, corresponde, en la etapa liquidatoria, privilegiar a los integrantes de la clase ya determinados; en el caso ejemplificado, los consumidores que habían realizado compras en cuotas con tarjeta de crédito a los cuales se le había cobrado el rubro “*Gastos administrativos*” controvertido. En este procedimiento es en el que se percibe, con mayor intensidad, cómo el resarcimiento se fija pluriindividualmente, pero la liquidación restitutiva se efectúa de manera individual.

El segundo mecanismo ha de proceder cuando de la propia determinación de los rubros indemnizatorios comunes surja, con claridad, la necesidad de resarcimiento homogéneo por un daño patrimonial emergente que excede a la simple restitución de montos detraídos, como en el supuesto anterior, e impone la constitución de un “...*patrimonio especial*...” (Giannini, 2012, pp.23) a fin de que el monto global sea depositado por el condenado para que, una vez completado tal fondo, se proceda a la

⁶¹ *Cam. Nac. Com., Sala D, C.A.B.A., “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer - c. Garbarino S.A.I.C. s/ordinario”, La Ley Online AR/JUR783623/2013, (08/11/2013).*

liquidación de las alícuotas resarcitorias de cada miembro del grupo afectado. Este procedimiento resulta idóneo cuando, a pesar de estar perfectamente determinada la clase, lo elevado de los créditos homogéneos obliga al tribunal a gerenciar la liquidación de los mismos, aunque también podrá ser procedente en casos en los cuales los sujetos potencialmente incluidos en la clase afectada no hayan sido determinados en la etapa de certificación, quedando expedita la vía, entonces, para que concurran al tribunal aquellos interesados que se consideren en condiciones de identidad respecto al detrimento común, a fin de cobrar sus acreencias.

El último mecanismo propuesto por la ley consumeril, que representa toda una novedad en el sistema local ya que proviene de la experiencia jurisprudencial norteamericana (Verbic, 2013), es el del denominado procedimiento de liquidación y ejecución fluida de las sentencias colectivas (Verbic, 2013), o *fluid Recovery* tal cual su nombre en inglés. Esta herramienta importa “...la posibilidad de liquidar colectivamente el daño producido a un grupo relevante de personas, cuando los integrantes del grupo afectado no se presenten en cantidad apropiada a la entidad de la lesión grupal...” (Giannini, 2012, pp.23).

En muchos casos, sobre todo en aquellos supuestos de micro-daños en los cuales se afecta en pequeñas porciones a muchos sujetos (Giannini, 2012) provocando un piso mínimo homogéneo de dañosidad, en que la demanda de clase es impetrada por una asociación o, inclusive, por un pequeño grupo de afectados, queda en evidencia, al momento de la determinación del daño resarcible, que la cantidad potencial de damnificados es muy superior a la clase certificada, pero dado que los montos a resarcir, considerados individualmente pueden resultar casi insignificantes, o la cantidad de sujetos, dada la expansividad del daño, resulte indefinida, la expectativa de concurrencia de sujetos acreedores de esas alícuotas es casi nula. De hecho, sucede que igual incentivo negativo se proyecta hacia las posibilidades de concurrencia de afectados a certificar y percibir su daño diferenciado, quedando abierta la posibilidad de que aquél que ha ocasionado el daño y ha sido condenado en el proceso colectivo, termine

corriendo con la ventaja de enriquecerse sin causa⁶² ante la falta de concurrencia de legitimados para exigir su indemnización (Giannini, 2012; Verbic, 2013).

En supuestos como estos, existen dos elementos disvaliosos que ameritan una repuesta jurisdiccional insoslayable, el primero ellos, como se mencionara, el enriquecimiento sin causa que presupone la no disminución patrimonial ilícita del agente dañador ante la falta de reclamación oportuna (Giannini, 2012), y el segundo, la garantía de que el escaso monto a pagar propiciaría "...amplio margen de impunidad al obrar ilícito del agente lesivo y, consecuentemente, un impulso hacia la reincidencia en este tipo de conductas..." (Giannini, 2012, pp.23). Ante estas dos cuestiones, se impone la idea de encontrar una solución instrumental que permita dismantelar tanto ese enriquecimiento indebido como dotar de finalidad disuasoria a la sentencia, a fin de desincentivar el obrar ilícito del agente a futuro (Verbic, 2013).

Bajo estos fundamentos es que asoma, como respuesta adecuada, la facultad judicial de ordenar la liquidación global del resarcimiento y su consecuente depósito bajo un patrimonio de afectación que podrá ser destinado a terceros en la medida que ello sea beneficioso, aunque sea indirectamente, al grupo afectado o, mejor dicho, a sus intereses (Verbic, 2013); *Vgr.: "...la defensa de los recursos naturales, la mejora de los servicios o reducción de costos al consumidor, etc..."* (Giannini, 2012, pp.23).

Ahora bien, tal como se explicitaba al momento de comenzar a desarrollar el presente apartado, la determinación del daño resarcible en procesos de este tipo se desenvuelve en dos esferas bien diferenciadas; una es la ya expuesta, que se corresponde con los rubros indemnizatorios homogéneos, es decir, con la reparación común; el otro se enrola con el detrimento individual, o sea, con aquellos efectos dañosos que han recaído, de manera diferenciada, en la esfera de cada uno de los miembros de la clase. Esta segunda esfera es la que amerita una instancia de determinación y liquidación diferente al proceso nuclear, y está definida por la ley de defensa de usuarios y consumidores bajo el siguiente sintagma

⁶² Arts. 1794 y 1795, Ley N° 26.994, "Código Civil y Comercial de la Nación", (08/10/2014), y Ley N° 27.077, "Modificación. Vigencia", (18/12/2014).

...Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán estos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda...⁶³

La primera parte de la fórmula hace referencia a que, aun en los supuestos en los que la clase homogénea fuera certificada, en el marco del proceso colectivo nuclear, al momento de certificar y demandar los rubros indemnizatorios diferenciados subsistan ciertas homogeneidades intrínsecas entre diversos grupos de damnificados, pudiendo ser éstos subdivididos en la vía incidental a fin de obtener la determinación de los resarcimientos internamente homogéneos (Verbic, 2009). Piénsese, por ejemplo,

...en un caso de daños ocasionados por productos elaborados podría juzgarse colectivamente la responsabilidad del demandado y luego utilizarse esta herramienta para fijar (también colectivamente) el monto adeudado para los distintos subgrupos afectados por el producto defectuoso en forma diferente (muerte, incapacidad menor al 50%, incapacidad mayor al 50%, etc.)... (Verbic, 2009, pp.19-20)

La última parte del artículo no deja lugar a dudas en cuanto se refiere al daño diferenciado que cada sujeto habrá de demandar (Lorenzetti, 2010); la cuestión a analizar aquí es cuáles serán los criterios a tomar en cuenta en esa vía incidental a fin de que el sujeto pueda, por una parte, hacer valer la conexidad imprescindible entre los presupuestos de responsabilidad civil del dañador ya acreditados en el seno del proceso policéntrico (Lorenzetti, 2010); va de suyo que sin conexidad subjetiva, es decir, sin que el sujeto sea miembro, ya identificado o identificable, de la clase certificada en el litigio nuclear, la conexidad objetiva y causal no podrá presumirse, por lo cual sería imposible la sustanciación de su reclamo incidental. Por otro lado, el damnificado podrá valerse de lo ya probado en el marco del proceso supraindividual a fin de acreditar, a partir de allí, los efectos que ese detrimento ha causado, tanto patrimonial como extrapatrimonialmente, en su órbita individual, a fin de solicitar al magistrado que participara de la acción de clase, que determine los rubros indemnizatorios exigidos, los cuantifique y ordene su ejecución.

⁶³ Art. 54, *in fine*, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

Esta cuestión, que así reglada no parece presentar demasiados problemas en apariencia, puede convertirse en un verdadero galimatías procesal si no se lo complementa con ciertos criterios que propendan a la celeridad y efectiva ejecución de las sentencias; de otra forma, la oscuridad normativa puede conllevar al injusto de desincentivar la prosecución del pleito diferencial por parte de los interesados, algo que, como ya se mencionara, no hace más que ensanchar la puerta de la impunidad ante el ilícito. En tal sentido, y tomando en cuenta que la norma consumeril no llena las expectativas en cuanto a la vía diferencial, se recogen dos aportes realizados por los Dres. Maurino, Nino y Sigal (2005) en su eminente obra; por un lado, los autores recomiendan, a fin de garantizar la celeridad, que el procedimiento reglado a utilizar en la vía incidental sea el correspondiente al mecanismo previsto para la ejecución de sentencias⁶⁴. Por otra parte, en clara sintonía con la naturaleza del procedimiento recomendado, los doctrinarios precitados consideran un aporte muy valioso para transpolar a este sistema la solución aportada por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, en tanto y en cuanto prohija la posibilidad de que la ejecución individual de la sentencia pueda ser promovida ante el juez del domicilio del liquidante⁶⁵.

En definitiva, queda claro que a pesar de las críticas sostenidas que ha recibido la norma tuitiva de usuarios y consumidores por su regulación parcial y fragmentaria del proceso colectivo (Verbic, 2012, 2013; Giannini, 2011, 2012), existen en ella elementos, como alguno de los recorridos, que será menester profundizar, mejorar y articular eficazmente con un marco procedimental general en materia de acciones de clase, sobre todo, en lo tocante al tema que se acaba de desarrollar. Lo que habrá que tratar de evitar, por todos los medios, es que este nuevo marco normativo, deseable desde todo punto de vista, entre en contradicción manifiesta con lo ya existente dentro del ordenamiento, máxime teniendo en cuenta que lo atinente al sistema de determinación y liquidación de rubros indemnizatorios, tanto en el seno del proceso

⁶⁴ Arts. 499 a 516, del Cód. Proc. Civ. y Com. De la Nación, Ley N° 17.454, (T.o. 1981).

⁶⁵ “Art. 23. *Liquidación y ejecución individuales.*- La liquidación y la ejecución de la sentencia podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados para la acción colectiva. *Parágrafo único* – En el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante, corresponderá a éste probar, tan sólo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización.”, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, (28/10/2004).

colectivo, como en la vía incidental (aunque ello, como se dijera, esté parcialmente regulado), se impone como una base útil y probada para orientar a un diseño futuro. En conclusión, como bien advierte Verbic (2013), no es cuestión de hacer *tabula rasa* con aquello que obedece a una buena factura legisferante, so pretexto de estar recreando el tan ansiado marco general de procesos colectivos argentinos.

h. Alcances y Efectos de la sentencia

La sentencia representa, conforme a la apreciación esquemática hecha por el eminente presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti (2010) en su obra, el punto culmine de una secuencia que comienza con la emergencia conflictual supraindividual: aquello que tipifica al caso colectivo; continúa con el proceso propiamente dicho: aquello que ha de identificar y certificar al caso colectivo, para terminar, una vez sustanciado el procedimiento, en el decisorio judicial que ha de desplegar sus efectos y expandir sus alcances a todo cuanto le sea materia apta a resolver. Como manifiesta el citado autor, la cuestión circundante a la sentencia colectiva en general suele presentar un alto nivel de complejidad, más aun si se tiene en cuenta, como se ha repetido a lo largo del presente trabajo, que la experiencia en torno a estos institutos es todavía muy escasa en el país, basta sólo mencionar que, salvo regulaciones parciales en lo procedimental, todo ese *expertise* deviene de una construcción pretoriana por parte del Supremo tribunal nacional y de una sostenida constancia por parte de un sector de la doctrina en adunar conceptos propios e importar nociones e institutos foráneos, a fin de enriquecer esta matriz de conocimiento en la materia que, se repite, no abunda.

Las sentencias de efectos colectivos en acciones de clase tuitivas de derechos individuales homogéneos, tal como serán el tipo de decisiones a tratar en este punto, presentan varios desafíos a tener en cuenta a la hora de su análisis, pero el primero de ellos, sin lugar a dudas, tiene que ver con clarificar los conceptos a fin de no caer en oscurantismos técnicos, y ello parte, según Maurino, Nino y Sigal (2005), de delimitar

correctamente la diferencia entre “*efectos*”, propiedad inescindible a la sentencia, y la noción de “*alcance*”, relativo a la cosa juzgada; el primero de los conceptos hace a la eficacia de la decisión judicial, mientras que el segundo hace a la autoridad que la cosa juzgada detenta.

Cuando en el marco de un proceso se habla de los efectos fácticos de la sentencia, tal como señalan Maurino, Nino y Sigal (2005), se está haciendo referencia, en verdad, a la relación intrínseca existente entre el remedio procesal solicitado en el marco de un pleito, es decir, el objeto de la pretensión procesal, y la decisión que el tribunal ha de tomar al respecto; Por lo cual, va de suyo que si el objeto pretensivo es colectivo los efectos fácticos de la sentencia también lo serán, *Vgr.:* es el ejemplo de los casos “*Labatón*”⁶⁶ y “*Verbrugghe*”⁶⁷. Ello se relaciona, de manera estricta, con los llamados remedios estructurales, o structural Case que, como se verá en oportunidad de analizar un modelo de proceso bidimensional, pueden tener efectos *Ultra Partes* en supuestos de acciones de clase.

Por otra parte, cuando se está haciendo referencia a los alcances de la cosa juzgada, se habla, en primer lugar, ya no de un elemento fáctico sino de un elemento normativo, ya que esos alcances o efectos serán solo aquellos que estén taxativamente fijados por la ley ritual que rija al procedimiento (Maurino, Nino y Sigal, 2005), conforme a la mecánica en la que éste haya de reglarlos, es decir, conforme a cuál sea el alcance que la norma le dé a la inmutabilidad de sus efectos.

En las acciones de clase referentes a la tutela de derechos individuales homogéneos, tal como se verá a continuación, los efectos de la sentencia estarán calificados por el alcance de la cosa juzgada, esto es, por el carácter expansivo con que la misma refuerza y aumenta su estabilidad y eficacia en un sentido determinado (Maurino, Nino y Sigal, 2005).

⁶⁶ *Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala V, C.A.B.A., “Labatón, Ester c/Poder Judicial de la Nación”, (25/09/1996), L.L. Supl. De Derecho Administrativo, (27/11/1998).*

⁶⁷ *Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala 01, C.A.B.A., “Verbrugghe María Inés -Inc.Med. c/ E.N. -M° de Economía- Sec. De Transportes y otro s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA03100096, (26/08/2003).*

En ese contexto, y habida cuenta de que “...*El carácter erga omnes (contra todos) de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento de la acción colectiva...*” (Gidi, 2004, pp.98), se impone el análisis acerca de cuál será el alcance real de ese carácter antedicho ya que vale recordar que la expansividad de una decisión judicial puede afectar garantías *iusconstitucionales* tales como la de defensa en juicio y debido proceso para aquél que no ha participado del litigio.

Es por ello, entonces, que cuando se hayan de evaluar los efectos y alcances de las sentencias sobre derechos individuales homogéneos, lo que habrá que analizar, de manera aguda, es cuál es el efecto expansivo recomendable y cuál es, eventualmente, el que el ordenamiento actual prevé en el país, máxime teniendo en cuenta que la regulación es escasa y, cuanto menos bastante precaria, en opinión de Lorenzetti (2010).

Ahora bien, en el marco de una acción de clase, como en cualquier otro tipo de proceso, puede suceder que la sentencia sea de cumplimiento obligatorio para todos los miembros de la clase independientemente de su resultado, o puede ocurrir que la sentencia sea favorable a la pretensión de la parte demandante; puede ocurrir, en cambio, que la decisión desestime la demanda impetrada por adolecer ésta de fundamentos suficientes o, eventualmente, la demanda puede ser rechazada por falta de pruebas (Lorenzetti, 2010). En cada uno de los cuatro casos mencionados, los alcances de la cosa juzgada serán diferentes en cuanto a consagrar su eficacia *erga omnes* o *inter partes*, según el supuesto.

En el primer caso, que es el que se conoce como *cosa juzgada pro et contra* (Gidi, 2004), el alcance será *erga omnes* sin importar si ello perjudica o beneficia a la clase, cayendo en autoridad de cosa juzgada y no pudiendo ninguno de los miembros de la clase, hayan concurrido o no al litigio volver a impetrar una acción de las mismas características, o que involucre cuestiones comunes al proceso ya precluido (Lorenzetti, 2010); en este caso vale hacer la salvedad que tal consecuencia gravosa se basa, en los sistemas que la adoptan, en la presunción de representación adecuada de la clase, lo cual hace suponer, y de hecho hay regulaciones foráneas que así lo disponen⁶⁸ previendo,

⁶⁸ *U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions.*

inclusive, que ante la objeción planteada respecto a la representación, sean los propios objetores quienes se transformen en guardianes de la clase (Sánchez Cordero, 2014).

El segundo supuesto es el conocido como *cosa juzgada secundum eventum litis*, y en este supuesto sólo la decisión favorable al reclamo tendrá alcances *erga omnes*, proyectando sus efectos aun a aquellos interesados que no hubieran tenido participación en el proceso y resulten beneficiados por tal resolución (Lorenzetti, 2010).

El tercer efecto de la sentencia es el relativo al rechazo de la misma por falta de fundamentación suficiente, aquí el alcance será general, pero no habrá autoridad de cosa juzgada ya que cualquier potencial miembro de la clase podrá replantear la acción siempre y cuando pueda acreditar nuevos hechos que eliminen la barrera sentada por las falencias de la presentación original.

El último de los ejemplos es el atinente al rechazo de una demanda colectiva por falta de pruebas; en tal caso, la sentencia sólo tendrá efectos *inter partes*, es decir, solamente alcanzará a quienes participaron en el proceso, quedando abierta la vía para que cualquier otra persona pueda volver a impetrar el reclamo (Lorenzetti, 2010).

Estos son los escenarios que, estructuralmente, suelen presentarse regulados en la mayoría de los ordenamientos adjetivos del Derecho comparado, encuentran sus orígenes en el *Common Law* y, en términos generales, se hallan incorporados al sistema de las *Class Actions* norteamericanas⁶⁹.

En el ordenamiento local, tal como se mencionara en párrafos previos, la cuestión relativa a la sentencia colectiva y los alcances de la cosa juzgada se torna aún más compleja, sobre todo por la precariedad de su regulación y porque, inclusive aquello que se encuentra reglado resulta poco satisfactorio como para tomar de referencia a fin de su aplicabilidad a otras áreas en procesos análogos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha estado ausente a la hora de expresarse sobre el punto; en efecto, en Autos “*Halabi*” dejaría claro que la cosa juzgada en una acción de clase debería responder al criterio de expansividad antedicho, instando inclusive, al órgano legisferante, para que éste reglara, adecuadamente, cuáles

⁶⁹ U.S. *Federal Rules of Procedure* (1938), Title IV. Parties-Rule 23. *Class Actions*.

debían ser los criterios respecto a los efectos expansivos de las sentencias y cómo éstos deberían efectivizarse⁷⁰.

Volviendo al derecho vigente, la ley de defensa de usuarios y consumidores, que es la única que regula al proceso colectivo referente a derechos individuales homogéneos; en su art. 54, 2° párr. establece que “...*La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones...*”⁷¹ consagrando, de acuerdo a los parámetros reseñados, el criterio de cosa juzgada *secundum eventum litis* para las sentencias en materia de consumo. Pero quizás lo novedoso del sistema consumeril sea, justamente, lo que Lorenzetti (2010) denomina como las *excepciones subjetivas*, que si bien no importan una modificación al criterio antepuesto

...se trata de un recorte –a la vinculatoriedad de la decisión final- subjetivo, ya que no depende del resultado favorable del litigio (One Way Preclusion o cosa juzgada secundum eventum litis) sino de la perspectiva personal del sujeto potencialmente inmerso en el grupo que promueve la acción... (Lorenzetti, 2010, pp.172)

Básicamente, es la decisión sustanciada por parte del sujeto que, aun perteneciendo potencialmente a la clase, manifiesta *ex ante* a la sentencia (algunos proyectos de ley que serán analizados oportunamente fijan como plazo para hacerlo la etapa de certificación de la clase, otros, sin embargo, dan amplia liberalidad para realizarlo durante todo el procedimiento, hasta antes de librado el auto de sentencia) su deseo autónomo de autoexcluirse del proceso.

La norma de marras regula al instituto descripto de la siguiente manera: “...*excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga...*”⁷²

⁷⁰ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.12.

⁷¹ Art. 54, 2° párr., Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

⁷² Art. 54, 2° párr., Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

El autor precitado plantea, como argumento principal del mecanismo de cosa juzgada optado por la ley, que lo que allí se pretende es eliminar la necesidad de tener que librar notificaciones o, tal como se dijo respecto a otros mecanismos, tener que recurrir a la acreditación de representatividad adecuada, que es el requisito *sine qua non* para atribuirle efectos expansivos absolutos a la sentencia, es decir para que ésta tenga plena autoridad vinculatoria presente el resultado que presente (Lorenzetti, 2010). Lo predicho vuelve a poner sobre el tapete a las garantías procesales básicas, como son el debido proceso y la defensa en juicio y, sobre todo en estos supuestos, a la última de las mencionadas; es que la relación estrecha que mantienen los efectos expansivos de la sentencia con la representatividad adecuada ha de ser el elemento sensible a incorporar al ordenamiento procesal. Dicho de otro modo, la estimación de restringir los efectos de la cosa juzgada en los decisorios en materia supraindividual de consumo pasa más por evitar la incorporación de ese instituto que por una factura legislativa depurada hacia otro sentido.

En definitiva, la autoridad de cosa juzgada en el régimen de acciones de clase de consumo obliga a la clase si su resultado la beneficia, y si quien efectúa el reclamo pierde la demanda, los restantes miembros de la clase no resultarán obligados por la decisión. Además, por regla preclusiva, si quien impetró la acción resulta favorecido, el resto sólo concurre a beneficiarse de ello, sin necesidad de realizar otro proceso (Lorenzetti, 2010).

En materia ambiental, que si bien no pertenece al área de tutela adjetiva de derechos individuales homogéneos, por el hecho de contar con un mecanismo diferente en cuanto a la sentencia deviene útil para su análisis, la ley establece, en su art. 33 *In Fine* “...La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias...”⁷³, promoviendo una solución basada en el criterio de expansividad de la cosa juzgada, con la sola excepción de la desestimación por falencia probatoria, ante la cual no procederá la autoridad de cosa juzgada sobre aquél sujeto que, sin haber participado en modo

⁷³ Art. 33, Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).

alguno durante la sustanciación del procedimiento fallido, posea prueba dirimente suficiente como para replantear la reclamación (Lorenzetti, 2010).

Antes de ir cerrando el punto con las propias apreciaciones acerca de este instituto, resulta conveniente hacer notar que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación prescribía respecto a este tema

...ARTÍCULO 1748.- Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado...⁷⁴

La fórmula exhibida, de buena factura técnica, más allá de no innovar demasiado respecto a lo establecido por la ley de consumo, si lo hacía en cuanto a un tema muy interesante relacionado con los efectos de la cosa juzgada, tal y como es el de la litispendencia.

Puede suceder que en el marco de un conflicto con implicancias colectivas, diferentes grupos de afectados decidan impetrar sendas demandas de clase en distintos juzgados o, y este era el supuesto regulado por el anteproyecto, puede ocurrir que varios sujetos inicien demandas individuales y otro sujeto afectado, decida incoar una acción de tipo colectivo. En el primer caso, la Argentina no posee regulación vigente al respecto contando, como único criterio al respecto, una serie de decisiones que la CSJN tomara en el seno de la causa “Mendoza” y que, como bien señala Lorenzetti (2010) tuvo muchas dificultades de implementación e idas y venidas permanentes, pero básicamente, planteó la litispendencia de todas las otras causas que se estuvieran tramitando, hasta tanto no se resolviera la principal. Ese mismo criterio es el que consagra el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica en cuanto expresa que “...*El primer proceso colectivo produce litispendencia respecto de los posteriores en los que se hagan valer pretensiones sobre el mismo bien jurídico, aun*

⁷⁴ Dto. N° 191/2011, “CREACIÓN DE LA COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”, (28/02/2011).

cuando sean diferentes los legitimados activos o las causas de pedir...”⁷⁵. El buen argumento utilizado por el fenecido artículo del anteproyecto, no tiene parangón dentro del ordenamiento nacional, pero responde a idéntico criterio en el Codex antes citado, cuyo artículo se transcribe a fin de aportar a la definición.

*...Art. 31. - **Relación entre la acción colectiva y las acciones individuales.**- La acción colectiva no genera litispendencia respecto de las acciones individuales, pero los efectos de la cosa juzgada colectiva (art. 33) no beneficiarán a los actores en los procesos individuales, si no fuera requerida la suspensión del proceso individual en el plazo de 30 (treinta) días, a contar desde el conocimiento efectivo del proceso colectivo. **Parágrafo único.**- Corresponde al demandado informar en el proceso por la acción individual sobre la existencia de una acción colectiva con el mismo fundamento bajo la pena de que, de no hacerlo, el actor individual se beneficiará de la cosa juzgada colectiva aún en el caso de que la demanda individual sea rechazada...*⁷⁶

De allí puede extraerse el concepto que permite explicar mejor a una figura que se planteaba como interesante, lamentablemente, y acompañando la opinión de Verbic (2013) al respecto, las buenas intenciones del anteproyecto quedaron en oportunidades perdidas.

Es por ello que deviene necesario recoger ejemplos como los transcriptos, a fin de replicar en las reglas locales todas esas herramientas, sobre todo las tendientes a mantener, pero enriquecerla, la autoridad de cosa juzgada *secundum eventum litis*, que asoma como el más adecuado de los mecanismos, sobre todo, si se toma en cuenta que uno de los mayores déficits que posee el sistema local es el de la comunicación, tal como se observara en el acápite correspondiente y más allá de los señalados avances que, por el momento, son un hatajo de buenas intenciones, lo cual obsta a ponderar otro tipo de soluciones que, como señala Lorenzetti (2010), requieren que aquello esté muy bien aceitado.

Brevemente, y volviendo al tema de la eficacia de las sentencias, cuestión que expone la relación intrínseca entre el objeto pretensivo, es decir, la clase de remedio buscado en el proceso, y la decisión que ha de solventarlo, se hace preciso observar cómo cierto tipo de resoluciones; *Vgr.*: declarativas, ejecutivas, exhortativas, mandatos

⁷⁵ Art.30, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, (28/10/2004).

⁷⁶ Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, (28/10/2004).

innovativos y no innovativos y mandatos en general, se desarrollan en el marco de esta tipología instrumental.

En cuanto a las dos primeras, declarativa y ejecutoria, en general, dentro del marco de las acciones de clase en materia de lesiones a derechos individuales homogéneos, emergen ambas como una metodología a aplicar, por parte del magistrado, a fin de ir dotando al litigio de un recorrido adaptativo de aproximación a la solución integral del conflicto (Lorenzetti, 2010), y ello se da naturalmente, básicamente, porque no hay que obviar que en el marco de una acción de estas características se hallan, por un lado, el núcleo homogéneo pretensivo, es decir, la pretensión de todos los miembros de la clase que persigue la declaración sustanciada del juez en cuanto a determinar los presupuestos de responsabilidad Civil del demandado, más el piso homogéneo común a reparar; ello estaría representado, a prima facie, por la sentencia declarativa de base, cuya eficacia es, justamente, la de declarar esa responsabilidad ordenar la reparación común correspondiente.

Se hablaba aquí de aproximación a la solución integral porque, en el otro extremo de ese núcleo pretensivo homogéneo coexiste un conjunto de pretensiones diferenciales en todo aquello que la lesión haya provocado a cada sujeto en su esfera individual, y por ello, se hace allí necesario que el magistrado que gerencia el proceso lleve a cabo las medidas resolutorias pertinentes a fin de dar respuesta efectiva. Esa respuesta no podrá basarse, claro está, en rediscutir las cuestiones ya fijadas al momento de la sentencia colectiva, afirmar lo contrario sería vulnerar el principio de preclusión procesal, por ello es que, en esta instancia, la cuestión de fondo común ya resuelta, en todo y en cuanto ha de favorecer la pretensión individual diferenciada de cada miembro de la clase, ha de transformar el tipo de decisión a tomar por parte el magistrado en ejecutiva, es decir, y siguiendo la conceptualización que aporta Lorenzetti (2010) en su obra, en el correlato sentencial adaptativo hacia la solución integral que, como bien señala el autor, se circunscribe a ser un derivado de la decisión primaria, por ello, se caracteriza porque sólo hará cosa juzgada *inter partes* respecto a tal ejecución.

Las medidas exhortativas, que son aquellas en las que se declara la vigencia de un valor o principio constitucional (Lorenzetti, 2010), autos “*Halabi*” posee muchos ribetes de ello como se verá, en el contexto de las acciones de clase bajo estudio, se presenta como un tipo de decisión cuya eficacia, en principio, sólo está subsumida a las partes,

pudiendo tener efectos colectivos fácticos en virtud del objeto pretensivo. La novedad de este tipo de sentencia en el marco de este tipo adjetivo es que, ante la evidencia emergente ante los ojos del tribunal acerca de la relevancia institucional que el *thema decidendum* asume, éste toma la determinación de exhortar a otros poderes del Estado a fin de que éstos activen políticas públicas al respecto, o legislen sobre el tema, o arbitren los medios para el cumplimiento del objetivo exhortado (Lorenzetti, 2010), asignándole a tal declaración efectos generales, es decir, vinculante hacia todo aquél supuesto que se halle en condiciones similares. Como se dijera, en “*Halabi*” la Corte caracterizó a la pretensión del Actor como la pretensión común de la clase afectada, promovió una declaración con efectos colectivos al respecto pero, además, lleva a cabo una declaración exhortativa en cuanto declara que “...Frente a esa falta de regulación Cla que, por lo demás, 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...”⁷⁷. La razón principal que justifica tal accionar podría ser hallada en el principio *iura novit curia*⁷⁸ que habilita al tribunal a la aplicación del Derecho por fuera de lo solicitado por las partes, y de ningún modo puede interpretarse como un exceso *ultra petita*, como apunta Lorenzetti (2010) el juez, al observar un aspecto de la controversia que desborda en relevancia, incluso, a la propia pretensión, no puede escudarse en que la misma no le fue planteada correctamente para no resolver en torno a ello, hacer eso sería una conducta análoga a la negación de justicia correctamente explicitada en el Fallo de marras⁷⁹.

Respecto de los mandatos, tanto los innovativos o no innovativos, como los que se declaran en términos generales, cabe decir que, en el contexto de las acciones de clase, éstos se convierten en herramientas útiles a fin de asegurar la materialización de los derechos del grupo, es decir; el juez puede tomar medidas provisionales que obliguen a la parte demandada a una prestación de hacer, *Ej.*: obligar al demandado a publicar en un medio masivo sobre los mecanismos que habrá de arbitrar para la restitución de una suma devengada de manera ilegítima a sus afiliados. El objetivo de estos mandatos es

⁷⁷ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.12.

⁷⁸ Del Latín: “El Juez conoce el Derecho” (Garrone, J.A., 1993, T. II, pp.353).

⁷⁹ C.S.J.N., Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.15.

“...impedir que el contexto desnaturalice la realización del derecho, es decir, pretende evitar la consolidación de una situación irreparable...” (Lorenzetti, 2010, pp.182). En el ejemplo dado, esa situación irreparable podría ser la eventual baja concurrencia de los afiliados a reclamar la restitución de la suma adeudada por falta de información suficiente. En cuanto a su eficacia, la medida puede ser tomada como cautelar, con finalidad preventiva o precautoria, o conjuntamente con la sentencia definitiva como una obligación de hacer (Lorenzetti, 2010).

En resumen, estos instrumentos, más pensados para el proceso estructural colectivo que para las acciones de clase propiamente dichas, presentan alternativas para dotar de mayor eficacia a las sentencias, no sólo porque le brindan al magistrado un rol más activo en el proceso, sino porque, como se explicaba, el conjunto de decisiones tomadas por éste van encaminando al litigio hacia la solución integral, y para lograr tal objetivo, es necesario contar con flexibilidad en torno a las medidas que en el marco del pleito se puedan tomar, a fin de ajustarse a la respuesta más efectiva para el caso. Sería realmente importante que una regulación adjetiva al respecto pusiera atención en estos temas a fin de delimitarlos y darles la fisonomía más eficiente posible.

Como se ha podido apreciar, en definitiva, la suerte de las sentencias colectivas en el ordenamiento interno se ha debatido entre la indiferencia y la insuficiencia, algo que invita a revisar profundamente tal actitud desdeñosa hacia un instituto que deviene fundamental y prioritario regular (Godoy, 2009) o, por lo menos, completar en lo que ya está reglado, ya que de no ser así, además de seguir manteniendo la mora legislativa al respecto, tal como la Corte Suprema no ha tenido empacho en denunciar oportunamente, se seguirá aletargando la posibilidad de que el proceso de clase irrumpa, de una vez por todas, en la escena jurisdiccional argentina.

i. Proyectos de ley regulatorios de la materia en el orden nacional. Análisis y perspectiva sobre la cuestión

Desde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhortara al Congreso a sancionar un marco regulatorio procesal de las acciones de clase con alcance general, esa mora legislativa no ha hecho más que persistir. En su exhortación, el cimero tribunal llegaría a plantear hasta los detalles que consideraba imprescindibles para tal legislación, al expresar que

*...debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos...*⁸⁰

Aunque ello no parece haber conmovido, a siete años vista, demasiado a los otros poderes del Estado. No obstante, el tema sí ha hecho mella, tanto en algunos legisladores, como en otros operadores jurídicos, que han tratado de hacer su aporte a la cuestión con proyectos en la materia. En torno a ello es que se desarrollará el presente punto, tratando de poner sobre relieve los aspectos más ricos de cada uno de ellos, siempre tomando como referencia las pautas o parámetros que, desde aquí, se han establecido como fundamentales, tanto en lo endógeno como en lo procedimental, pero denotando, también, aquellas cuestiones que puedan resultar novedosas o que abonen a alimentar los debates sobre el tema.

En virtud de lo antedicho, se harán consideraciones acerca de cuáles son las soluciones que los diferentes proyectos plantean respecto a la numerosidad de la clase, la identidad y la tipicidad del reclamo; así como también se tomarán en cuenta los aportes en materia de certificación de la clase, legitimación procesal, publicidad y alcances y efectos de la sentencia, todo ello a fin de brindar una perspectiva general acerca de en qué estado se encuentra, hoy, el debate respecto a las acciones de clase. Es de hacer notar que, a priori, las noticias no son muy alentadoras, como se observará, la

⁸⁰ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (24/02/2009), Consid.12.

mayoría de las sugerencias y proyectos han tenido un fuerte impulso en un espacio temporal inmediato a “*Halabi*”, pero por obra y gracia de la coyuntura, han ido perdiendo fuerzas diluyéndose hasta el punto de estar casi, al borde de perder estado parlamentario (cuatro de los que aquí se citarán, de hecho, ya lo han perdido); por lo que se impone intentar, por lo menos desde el presente trabajo, el reimpulsar el tema a fin de poner en autos sobre la importancia cardinal que aquél pedido de la Corte asume en la hora actual.

Para comenzar, resta decir que se han tomado aquí como material de trabajo seis proyectos de Ley, más una propuesta de proyecto de legislación instrumental en acciones de clase, a saber:

1. *Lores, H., “Proyecto de Ley Regulando las Acciones de Clase”, N° Expte S-1786/09, (22/06/2009), (Archivado: 18/04/2011);*
2. *Bortolozzi, A.R., “Proyecto de Ley Regulando las Acciones de Clase para la Protección de los Derechos de Incidencia Colectiva previstos en el Art. 43 de la Constitución Nacional”, N° Expte S-3396/10, (12/10/2010), (Archivado: 26/03/2012);*
3. *Escudero, S.M., “Proyecto de Ley de Tramitación de Acciones de Clase”, N° Expte S-0204/11, (28/02/2011), (Archivado: 05/04/2013);*
4. *Negre de Alonso, T.L., “Proyecto de Ley de Régimen Legal para las Acciones de Clase”, N° Expte S-1045/11, (20/05/2011), (Archivado: 05/04/2013);*
5. *Castillo, O.A., “Proyecto de Ley por el cual se Regulan las Acciones de Clase”, N° Expte S-1909/14, (30/06/2014), (en Estado Parlamentario);*
6. *Pereyra, G.J., “Proyecto de Ley Regulando las Acciones de Clase”, N° Expte S-0038/15, (05/03/15), (en Estado Parlamentario);*
7. *Salgado, J. M., (2014), “Una ley de procesos colectivos”, RCyS2014-V, 227, AR/DOC/638/2014.*

De ellos se extraerá la información necesaria para clasificar, conforme a los parámetros del proceso colectivo aquí planteados, a qué pautas, y en qué condiciones, se han adecuado los mismos.

Respecto a la **numerosidad**, como primer pauta endógena a la clase, casi todos los proyectos⁸¹ optan por establecer un criterio de numerosidad relevante cualitativo, es decir, porque consagran la admisibilidad cuando el impacto plural relevante de ese factor común de afectación importe un fuerte interés en propiciar una solución que dé alcance al colectivo damnificado. Los principales argumentos asociados son: *impracticabilidad de acción conjunta por otro medio procesal*⁸²; *economía procesal*, *garantía de defensa en juicio y ámbito de competencia del Tribunal*⁸³. Sólo una de las propuestas clasifica a la numerosidad mediante una pauta cuantitativa, es decir, una pluralidad relevante que se mide por la cantidad de sujetos alcanzados por esa unidad causal, un piso mínimo cuantificable como requisito de admisibilidad de la clase. A tal efecto, establece un piso mínimo de más de treinta (30) personas físicas o jurídicas.

En lo tocante a la **identidad de la clase** que, básicamente, se representa en la exigibilidad de un vaso comunicante o una cuestión de hecho o de derecho que conjugue a todos los pretensos integrantes, la mayoría abunda en un criterio genérico, Vgr.: *cuestiones de hecho o derecho comunes*⁸⁴, a fin de identificar a la clase, mientras que el proyecto de la Senadora Nacional por la Provincia de Formosa, Adriana Bortolozzi, consagra a la *unidad causal de la lesión* como criterio identitario específico⁸⁵. Por último, vale agregar que si bien la propuesta hecha por Salgado (2014)

⁸¹ 1. Lores, H., "Proyecto de Ley Regulando las Acciones de Clase", N° Expte S-1786/09, (22/06/2009), (Archivado: 18/04/2011); 3. Escudero, S.M., "Proyecto de Ley de Tramitación de Acciones de Clase", N° Expte S-0204/11, (28/02/2011), (Archivado: 05/04/2013); 4. Negre de Alonso, T.L., "Proyecto de Ley de Régimen Legal para las Acciones de Clase", N° Expte S-1045/11, (20/05/2011), (Archivado: 05/04/2013); 5. Castillo, O.A., "Proyecto de Ley por el cual se Regulan las Acciones de Clase", N° Expte S-1909/14, (30/06/2014), (en Estado Parlamentario); 6. Pereyra, G.J., "Proyecto de Ley Regulando las Acciones de Clase", N° Expte S-0038/15, (05/03/15), (en Estado Parlamentario); 7. Salgado, J. M., (2014), "Una ley de procesos colectivos", RCyS2014-V, 227, AR/DOC/638/2014.

⁸² Art.3° inc.1) del Proyecto (1); Art.2, 1^{er} párr. en Proyecto (4); Art.3, inc. a) del Proyecto (5); Art.3° inc.1) del Proyecto (6); Art.2°, inc. a) del Proyecto (7).

⁸³ Art. 2°, inc. d) del Proyecto (3).

⁸⁴ Proyectos (1), (3), (4), (5) y (6).

⁸⁵ Art.1°, 3^{er} párr. del Proyecto (2).

se apega a un requisito genérico de identidad, al combinar tal requerimiento con una tipicidad basada en derechos colectivos indivisibles, parece excluir la defensa de los derechos individuales homogéneos en tal instrumento procesal⁸⁶.

En el caso de la *tipicidad* que aquí ha sido definida como la capacidad proyectiva del bien comprometido hacia una dimensionalidad jurídica colectiva que, en términos concretos, importará que la *causa petendi* en la pretensión esté basada en prerrogativas cuya implicancia colectiva sea, por lo menos, factible, no importando ello que el derecho invocado debe responder a una categorización pre configurada, sino a que, de las propias circunstancias del caso, se pueda colegir la dimensionalidad jurídica supraindividual, la clasificación de cómo ésta ha sido abarcada por los proyectos se podría hacer de la siguiente manera: *a. atipicidad*: el proyecto no establece referencia normativa respecto a qué clase de prerrogativas debe ajustarse la *causa petendi*⁸⁷; *b. tipicidad restringida*: la propuesta funda la procedencia de la acción sólo en los derechos de incidencia colectiva enunciados taxativamente en su texto⁸⁸; *tipicidad amplia*: la letra del proyecto fija, como parámetro, la máxima amplitud dentro del marco de su calificación como derechos de incidencia colectiva⁸⁹; *tipicidad "Halabi"*: la propuesta recoge el nomen iuris específicamente fijado en el fallo de referencia, con todo lo que eso implica, conforme a lo expresado a lo largo del trabajo⁹⁰.

En lo que hace a las pautas de procedimiento, y específicamente, a la primera de ellas, la *certificación de la clase*, que será el ámbito de acreditación de todos los caracteres endógenos recién vistos, el relevamiento se hace en base a: admisibilidad de previo y especial pronunciamiento, plazos de certificación, vías recursivas ante el

⁸⁶ Aunque el autor plantea, en el propio proyecto y de manera taxativa (arts.10, 11 y ccdtes.), la procedencia de la defensa de derechos individuales homogéneos, en lo atinente a la certificación de la clase mediante su identificación y tipicidad establece: "...que el conflicto se enfoque en un bien o derecho común, perteneciente a la comunidad e indivisible..." (Art.2, inc. b), lo cual restringe, claramente, tal certificación a derechos de objeto indivisible, una categoría que no se corresponde con la divisibilidad presente en los derechos individuales homogéneos. Si se toma en cuenta que la certificación es el procedimiento de entrada a la acción, no parece advertirse solución que permita sacar otra conclusión que la aquí expuesta.

⁸⁷ Art. 2 del Proyecto (1) y (6).

⁸⁸ Art. 1° in fine del Proyecto (2) y, con las aclaraciones ya efectuadas, Art.2, inc. b) del Proyecto (7).

⁸⁹ Art. 3° del Proyecto (3) y Art. 1 respecto a derechos individuales homogéneos específicamente, del Proyecto (5).

⁹⁰ Art. 1° del Proyecto (4).

rechazo de alguno o todos los elementos endógenos, resolución de certificación y plazos de apelación.

En cuanto al primer parámetro, cinco de los proyectos cumplen con establecer la admisibilidad de manera expresa⁹¹ consagrando como pauta el examen de admisibilidad previo al traslado de la demanda, de ellos hay dos que lo hacen con mayor grado de especificidad⁹², a partir de consagrar principios tales como el rol de director del proceso por parte del juez (es quien lleva adelante el trámite necesario para admitir, o no, a la clase, Vgr.: consulta de registros y pedidos de informe previo a correr traslado. El resto de los proyectos no contempla, de manera específica, un mecanismo de admisibilidad previo, sino que mantiene a la cuestión de la admisibilidad dentro del trámite procesal⁹³, con el detalle de que uno de ellos plantea un extenso trámite de gerenciamiento por parte del juez en donde éste, inclusive, puede solicitar se le adelante material probatorio a los fines de determinar la procedencia de la acción⁹⁴. En cuanto a los plazos de certificación, son tres proyectos los que plantean, expresamente, un plazo para resolver: dos de ellos un plazo de cinco días de recibida la demanda⁹⁵, y el restante un plazo total de quince días para librar resolución⁹⁶.

Respecto de las vías recursivas posibles ante el rechazo total o parcial de los requisitos para certificar la clase, ninguno de los proyectos plantea la posibilidad de vías recursivas dentro del plazo de admisibilidad de la clase, sólo uno de ellos establece que el juez podrá, dentro de tal plazo, solicitar a la parte actora el subsanar deficiencias en cuanto a los requisitos, bajo pena de rechazo *in limine*⁹⁷. La resolución de certificación de la clase, que es el elemento que formalmente le da vida al proceso colectivo, se halla sólo mencionado sin mayores precisiones en torno a su forma y contenido en dos de los

⁹¹ Proyectos (1), (2), (3), (4) y (6).

⁹² Proyectos (3) y (4).

⁹³ Proyectos (5) y (7)

⁹⁴ Es el caso del Proyecto (5) que en su Art. 15 establece un verdadero protocolo de admisibilidad de la acción.

⁹⁵ Proyectos (3) y (4).

⁹⁶ Art. 15 del Proyecto (5).

⁹⁷ Art. 6 *in fine* “...El juez podrá intimar a que en el plazo de cinco (5) días la parte actora subsane las deficiencias existentes, bajo apercibimiento de ser rechazada “in limine” la acción...”, del Proyecto (4).

Proyectos bajo estudio⁹⁸; dos Proyectos prevén el llamado a audiencia junto con el Auto de resolución⁹⁹, mientras que uno de ellos prescribe el libramiento de resolución conjuntamente con su publicación en registro público especial¹⁰⁰. Los últimos dos Proyectos, despliegan en detalle previsiones acerca de la forma y el contenido de la resolución, se menciona aquí uno a título ejemplificativo:

... Artículo 6º.- En forma previa a resolver el traslado de la demanda, el pedido de informes respectivo en la acción de amparo o de habilitar la continuación del procedimiento de mediación interrumpido según se establece en el artículo siguiente, el Juez deberá resolver fundadamente si corresponde asignar al proceso el trámite de acción de clase, con sustento en lo dispuesto en la presente ley... Artículo 8º.- La resolución que disponga la sujeción del proceso al trámite de la “acción de clase” deberá disponer: 1) La intimación bajo apercibimiento de tener por desistido al solicitante de su condición de tal y disponer la eventual continuación del proceso con el impulso de otros representantes de la clase, del Defensor del Pueblo o del Ministerio Público, para que en un plazo perentorio que no podrá exceder de (10) días, el accionante denuncie: 2) a) la composición de la clase, con indicación de las características o circunstancias que hacen a su configuración como tal y que permitan determinar los medios más idóneos para hacer saber a sus demás integrantes sobre la existencia del proceso; b) el domicilio de otros integrantes de la clase que el demandante conociera; c) la indicación del medio o medios que el demandante estime más idóneos para notificar a los integrantes de la clase sobre la existencia del proceso.- 3) El libramiento de oficio al Registro de Acciones de Clase para que informe sobre la existencia de otros procesos que pudieran tener similares sujetos, objeto o causa y que tramitaran como tales. 4) La fijación de una audiencia a celebrarse dentro del plazo máximo de diez (10) días contados desde la fecha de la providencia.- Esta providencia será notificada personalmente o por cédula al demandante, a los representantes del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa correspondientes al Tribunal en el que se incoara la litis, y al Defensor del Pueblo de la Nación. Las cédulas deberán diligenciarse con carácter urgente...¹⁰¹

Presentándose como los más completos en cuanto a estos extremos. En lo concerniente a la apelación del Auto resolutorio, salvo un solo proyecto¹⁰², todos prescriben algún sistema recursivo al respecto: existen dos que establecen la irrecurribilidad absoluta en caso de resolución favorable a la clase y apelación en caso

⁹⁸ Art. 3 *in fine* en Proyecto (2) y Art. 2 *in fine* en Proyecto (7).

⁹⁹ Arts. 5 y 6 en Proyectos (1) y (6).

¹⁰⁰ Art. 15 en Proyecto (5).

¹⁰¹ Proyecto de Ley (3) citado y Arts. 6 y 7 en Proyecto (4).

¹⁰² Proyecto de Ley (4)

de rechazo, una de ellas con efecto devolutivo¹⁰³; otras dos propuestas regulan expresamente sólo la apelación en caso de resolución denegatoria, sin decir nada sobre resolución favorable¹⁰⁴; uno de los Proyectos permite la vía recursiva en todo los casos¹⁰⁵ y en el restante el resolutorio será inapelable independientemente cual sea la decisión¹⁰⁶.

Llega el turno de ver cuál es el criterio que han utilizado estos proyectos en materia de **legitimación** bajo las dos pautas que aquí interesa relevar: sujetos procesales admitidos y representación adecuada. En el primer caso, la cuestión a indagar es si el esquema de legitimados procesales es igual, más restringido, o más amplio que el taxativamente mencionado por la Constitución, tal como desde el presente trabajo se postula: de los tres proyectos que reconocen legitimación procesal a los mismos sujetos que el art. 43, 2^{do} párr. de la Carta Magna¹⁰⁷, sólo uno prevé la participación coadyuvante necesaria del Defensor del Pueblo en todos los casos¹⁰⁸; dos de las propuestas prevén un sistema de legitimación más restrictivo que el constitucional, ya que sólo admiten al afectado o a un grupo de ellos¹⁰⁹; los últimos dos proyectos admiten una legitimación amplia (uno de ellos admite cualquier tipo de persona jurídica mientras que el otro admite asociaciones sindicales) para actuar como representante de la clase¹¹⁰. En lo tocante a la representación adecuada, lo importante es saber si existen, consagrados en las fórmulas normativas proyectadas, criterios objetivos de apreciación de esa idoneidad: sólo un proyecto establece pautas análogas a las que viéramos en acápites anteriores, a fin de mensurar la representación adecuada en base a criterios objetivos¹¹¹; tres de las propuestas plantean un complejo sistema de adecuación de la

¹⁰³ Art. 9 del Proyecto (3) y Art. 3 in fine del Proyecto (2).

¹⁰⁴ Art. 5 in fine en ambos Proyectos (1) y (6).

¹⁰⁵ Art. 15 in fine del Proyecto (5).

¹⁰⁶ Art. 13 a contrario sensu del Proyecto (7).

¹⁰⁷ Proyectos (2) y (4).

¹⁰⁸ Art. 14 del Proyecto (3).

¹⁰⁹ Art. 2 en ambos Proyectos (1) y (6).

¹¹⁰ Art. 4 del Proyecto (5) y Art. 5 del Proyecto (7).

¹¹¹ Art. 6 del Proyecto (7).

representatividad (junta de clases, votación del representante, posibilidad de remoción, etc.) y dos de las mismas plantean la posibilidad de representación coadyuvante de las asociaciones cuyos intereses sean los mismos en litigio, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal¹¹².

En materia de **Publicidad** y **Notificaciones** casi todos los proyectos receptan la idea de un sistema abierto y flexible que permita, inclusive, la utilización de nuevas tecnologías, uno de ellos prevé la publicación vía Web¹¹³ de citaciones y notificaciones procesales, sólo uno de ellos mantiene el sistema tradicional de publicidad por edictos¹¹⁴. Dos proyectos que merecen señalarse crean, por intermedio de su articulado, un Registro nacional de acciones colectiva¹¹⁵ tal como hiciera la CSJN unos años después de la entrada de estos proyectos al palacio del Congreso, mediante Acordada¹¹⁶ que ya fuera estudiada en acápites previos.

Por último, en lo tocante a los alcances y efectos de la **sentencia**, al contrario de lo dispuesto por la ley consumeril al respecto, la mayoría de los proyectos optan por el principio de cosa juzgada *pro et contra* con efecto *ultra partes*¹¹⁷, es decir que los efectos de la sentencia se extienden hacia toda la clase sea ésta favorable o contraria a su pretensión, uno de ellos, no obstante, asigna efectos *inter partes* solamente¹¹⁸; sólo dos mantienen la regla de cosa juzgada *secundum eventum litis* con efectos *ultra partes* aunque, uno de ellos¹¹⁹, limita la eficacia de la sentencia al ámbito de jurisdicción del tribunal¹²⁰. Absolutamente todos los proyectos recién mencionados contemplan la

¹¹² Arts. 13 a 16 y 22 a 33 del Proyecto (3) y Art. 8 más representación coadyuvante en ambos Proyectos (1) y (6).

¹¹³ Art. 10 del Proyecto (7).

¹¹⁴ Art. 17 y ccdtes del Proyecto (3).

¹¹⁵ Arts. 20 a 22 del Proyecto (4) y Art. 6 del Proyecto (5).

¹¹⁶ “Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos”, Anexo de Acordada N° 32/2014, N° Expte. 5673/2014, (01/10/2014).

¹¹⁷ Art. 11 de los Proyectos (1) y (6) y art.39 del Proyecto (3).

¹¹⁸ Art. 14 del Proyecto (7).

¹¹⁹ Art. 18° del Proyecto (4).

¹²⁰ Art. 20 del Proyecto (5).

opción por la autoexclusión (opt out) siempre previo a la sentencia¹²¹, uno de ellos prevé la opción por la incorporación expresa a la clase¹²², mientras que otros dos establecen un plazo fatal de veinte días de celebrada la audiencia posterior a la resolución de certificación de la clase, y previo a la sentencia, para ejercer la autoexclusión¹²³. El restante proyecto remite a las reglas procesales del procedimiento sumarísimo establecidas en el Código ritual nacional a todo efecto¹²⁴.

De lo visto en los Proyectos de Ley recién recorridos, queda claro que tanto el de la Senadora Sonia Escudero, por su complejidad y desarrollo extenso en la instrumentación de las acciones de clase¹²⁵, como el del Senador Castillo, que incorpora la novedad de regular, expresamente, lo concerniente a la cuantificación y liquidación de rubros indemnizatorios comunes a la clase, así como también lo atinente a las vías incidentales para las liquidaciones diferenciales¹²⁶, se exhiben como los más potables a la hora de pensar en un esquema procesal general para las acciones de clase, sin por ello dejar de reconocer las muy útiles herramientas que las otras propuestas han demostrado estar en condiciones de aportar.

Como cierre del presente punto, conviene volver a alertar sobre la poca motivación que parecen haber tenido los legisladores nacionales en propiciar un marco de debate sobre el tema, de los seis proyectos de ley que ingresaron por mesa de entradas, cuatro ya perdieron estado parlamentario sin ni siquiera haber conocido el plenario de la Cámara de Senadores. Esto debe interpelar, así como lo hiciera la Corte *in re* “Halabi”, sobre un tema que, ante su falta de legislación, no hace más que avanzar producto de la realidad social, pero lo hace de manera accidentada y sometida a la enorme discrecionalidad con la que hoy los tribunales dirimen estas causas. Es

¹²¹ Art. 19 inc. a) del Proyecto (3), art. 13 del Proyecto (4), art. 8 del Proyecto (5) y art. 11 del Proyecto (7).

¹²² Art. 19 inc. b) del Proyecto (3).

¹²³ Art. 9 de los Proyectos (1) y (6).

¹²⁴ Art. 6 del Proyecto (2) y arts. 321 y 498 del CPCCN, Ley N° 17.454, (T.o. 1981).

¹²⁵ Escudero, S.M., “Proyecto de Ley de Tramitación de Acciones de Clase”, N° Expte S-0204/11, (28/02/2011), (Archivado: 05/04/2013).

¹²⁶ Castillo, O.A., “Proyecto de Ley por el cual se Regulan las Acciones de Clase”, N° Expte S-1909/14, (30/06/2014), (en Estado Parlamentario).

fundamental revitalizar el espíritu de aquello que la Corte exigiera en su trascendental decisorio, y la divulgación y el debate público de estos proyectos u otros que asomen, pueden ser un buen camino para hacerlo.

i. Modelo de acción de clase para la tutela de derechos bidimensionales

El último punto del presente trabajo es, quizás, el punto de partida para comenzar a considerar una nueva tipología procesal a futuro. Resulta complejo avanzar hacia un nuevo casillero en la evolución de los procesos colectivos en la Argentina cuando los cimientos no han terminado, aún, de ser contruidos, y sus fundamentos siguen presos de debates que, a veces, se demuestran ociosos. Pero el desafío de hacerlo, en realidad, parte de los propios resultados de esta investigación, ya que emerge, como se verá, la necesidad de dotar a los procesos supraindividuales de conceptos que permitan dar soluciones integrales a las multifacéticas emergencias conflictuales que subyacen en la sociedad actual.

Cuando se habla de tutela judicial efectiva se está haciendo referencia, en verdad, a aquello que el máximo tribunal nacional expusiera al decir “...*que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido...*”¹²⁷ y que la falta de una regulación que abarque las aristas del conflicto “...*no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías...*”¹²⁸. Esto implica que la ausencia de una concepción basada en las soluciones integrales que el conflicto bidimensional requiere no puede negarse bajo el pretexto de que no se encuentra ni en la letra ni en las tradiciones jurídicas, porque ello es una forma, en definitiva, de negar el conflicto.

¹²⁷ C.S.J.N., “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, *Id Infojus: FA57000001*, (27/12/1957); C.S.J.N., “KOT, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares (5-958)”, *Id Infojus: FA58003244*, (05/09/1958).

¹²⁸ C.S.J.N., *Id Infojus: FA57000001*, (27/12/1957); *Id Infojus: FA58003244*, (05/09/1958).

A menudo se encuentran, ante los estrados judiciales, casos en los cuales las soluciones estructurales no bastan para satisfacer plenamente a aquellos a quienes le han sido conculcados sus derechos, o les han lesionado sus bienes, y la sustanciación procesal de sus pretensiones homogéneas no alcanza a dismantelar la causa del daño masivo. La respuesta adjetiva desde la que hoy se piensa la problemática colectiva se ha tornado fragmentaria, ya que una división técnico jurídica, irreprochable desde todo punto de vista, claro está, como es la de bienes jurídicos colectivos de objeto indivisible y bienes jurídicos colectivos de objeto divisible cercenan la posibilidad de una visión más global del tema desde lo instrumental. Quizás una primera apreciación sobre ello sea que mirar al proceso, condicionándolo desde lo sustantivo puede resultar algo tramposo.

Ahora bien, la respuesta a ello no es refundar la doctrina del proceso colectivo, sino sumar, en la medida de lo posible, los parámetros funcionales de los dos modelos de implementación más paradigmáticos llevados adelante por la CSJN, para así repensarlos en un nuevo esquema de acciones de clase. Los párrafos siguientes intentaran llevar adelante esa difícil tarea.

En apartados previos, se han clasificado ciertos caracteres y parámetros recomendables para un tipo de acciones colectivas, de hecho, los posteriores análisis se han basado en tales criterios y principios, así que es desde allí donde se va a partir para construir un modelo diferente. En el otro extremo de la cuestión, aparece que la lesión, como materializador dimensional, en el caso de los derechos bidimensionales, se derrama sobre tres aspectos de esa bidimensionalidad, lo estructural y lo común, que pertenecen a la esfera colectiva, y lo individual, que resulta diferencial y exclusivo de aquel que se encumbra como su titular. En los supuestos de afectación a estas prerrogativas, las soluciones previstas para lo común y lo individual, tal como se observa en la doctrina de los derechos individuales homogéneos, deja afuera a un área de afectación que, probablemente, seguirá replicando efectos una y otra vez en la sociedad.

Si uno piensa en ciertos ejemplos de la jurisprudencia nacional, muchos de ellos estudiados a lo largo del presente trabajo, se encuentra con que, más allá de los obstáculos que pudiera haber habido para su efectiva implementación, ciertas sentencias

a partir de reclamos que, inclusive, surgían desde lo individual, lograron, o por lo menos así lo intentaron, cambiar el estado de cosas ante una situación estructuralmente dañosa. Piénsese, sin ir más lejos, en el caso “*Labatón*”¹²⁹, en donde quien impetra el reclamo es un sujeto individual, aquello que invoca, agencialmente, es un derecho individual, pero el obstáculo que evita la realización de tales derechos y lesiona sus subjetividad es estructural (Maurino, Nino y Sigal, 2005) y, finalmente, la cantidad de sujetos que padecen los mismos avasallamientos que la Actora del caso se replican y se cuentan de a cientos, o incluso, de a miles. El nomen iuris de derechos individuales homogéneos no basta para explicar lo predicho, básicamente, porque no se trata de una colección de Abogados discapacitados motrices afectados por un mismo hecho, sino que, es el modo de ser de esa causa lo que impacta en una esfera dimensional que les pertenece a todos esos Abogados discapacitados motrices.

Una situación similar podría advertirse en Autos “*Asociación Benghalensis*”¹³⁰ en donde la clase está representada por las personas bajo tratamiento por VIH/SIDA que, al ver cercenado su tratamiento, padecen algo más que una simple falta de servicio por parte del Estado y no basta con clasificarlos como una colección pretensiva común, sino que se impone la idea de repensar las fórmulas para, al fin, comprender que los efectos del daño se reproducen en cabeza de cada paciente no atendido, en la comunidad de personas que padecen la enfermedad y están sujetas a esos tratamientos, y en la sociedad toda, primera víctima cuando el Estado no da cumplimiento a las máximas garantías constitucionales.

Puesto todo eso sobre la mesa, se hace preciso percibir cómo responde el proceso judicial a tales demandas. Y las respuestas pueden encauzar al reclamo en tres esferas diferentes, pero no dentro del mismo litigio, sino en formas procedimentales también diferentes, es decir, podrá haber un reclamo individual que, hasta incluso, podría llegar a colectivizarse por efecto fáctico de lo que implica la implementación del decisorio, o podrá existir un tipo de acción de clase o grupo, a fin de procurar solventar

¹²⁹ *Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala V, C.A.B.A., “Labatón, Ester c/Poder Judicial de la Nación”, (25/09/1996), L.L. Supl. De Derecho Administrativo, (27/11/1998).*

¹³⁰ *C.S.J.N., “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000).*

los reclamos comunes y diferenciales o, en última instancia, emergerá esta novel figura del *structural case*, algo que permite a los tribunales actuar en la corrección de falencias sistémicas, el problema es que, tal como se ha observado en reiterados ejemplos a lo largo de la investigación de marras, la integridad reparatoria termina brillando por su ausencia o, lo que es peor, termina condenando al ingenuo litigante a una vida recorriendo pasillos tribunalicios.

Por ello es que, desde aquí se prohíja, como punto de partida, un modelo de proceso bidimensional que abunde en remediar, de manera efectiva, los efectos disvaliosos del daño bidimensional. Dos principios gobiernan a esta tarea, uno sustancial y el otro adjetivo; el primero, como se mencionara, el garantizar la integralidad y plenitud de la reparación en todos sus aspectos, el segundo criterio obedece, como también sea dicho, a la tutela jurisdiccional efectiva, entendida ésta como la adecuación del servicio de justicia a aquello que el justiciable realmente necesita. Con estos valores como frontera, es que se comenzará a delinear el siguiente modelo instrumental colectivo.

Respecto a las pautas que deberían ordenar a esta clase de procesos, vale decir que los criterios generales de entrada al mismo y de continuidad del litigio no difieren, en principio, de los parámetros ya advertidos al momento de analizar a las acciones de clase en acápite previos; sin embargo, se suscitan algunas sensibles distinciones que, si bien pueden ser consideradas como de mero trámite en el marco de un procedimiento, signan la mutación que se pretende y que se explicitaba en renglones anteriores hacia un proceso estructural bidimensional. El primero de estos detalles de procedimiento va a estar dentro del mecanismo de certificación de la clase que, como se dijera, se entiende como una etapa de entrada al proceso, pero de previo y especial pronunciamiento, ya que allí el juez debe evaluar los caracteres endógenos a la clase comprometida a fin de dilucidar si tal calificación le será aplicable, o no, al trámite de la causa. Ahora bien, uno de los puntos que delimitan la diferencia entre el modelo de acciones colectivas ya visto y el esquema de tutela bidimensional estará dado, claro está, en el contexto de la tipicidad, entendida ésta como un carácter endógeno a la clase que califica a la capacidad proyectiva del bien comprometido hacia una dimensionalidad jurídica colectiva. Suponiendo que se está hablando de alguno de los ejemplos jurisprudenciales

precitados, en los cuales existe una causa pretensiva individual y un objeto colectivo, en uno de ellos, y una causa colectiva y objeto colectivo en el otro, y en el marco de alguna de esas controversias se estuviera llevando a cabo el mecanismo de certificación predicho, es decir, se estuviera evaluando la pretensión procesal a fin de calificarla como procedente para tramitar como acción de clase, o no; ¿qué elementos deberá ponderar el juez para tomar la decisión más congruente? O, como bien señala Lorenzetti (2010), ¿qué calificación hará el juez a fin de lograr la concretización de la norma general abstracta en el caso concreto? Y todo ello, por supuesto, deberá hacerse de manera razonable.

La respuesta que se impone es que el magistrado debe ponderar ambos elementos por igual, tanto causa como objeto, y que llevar a lo concreto a la norma abstracta es, justamente, examinar correctamente la tipicidad del caso. Los dos elementos son dimensionalmente complementarios (Maurino, et. al., 2005), ni opuestos ni excluyentes, y ello importa su recategorización típica en función de considerarse como causa y objeto bidimensional, o sea, como una pretensión bidimensional, algo que pone al litigio en un plano completamente distinto, *Vgr.:* la Dra. Ester Labatón invocaba (causa petendi) su derecho a trabajar y a circular libremente (Maurino, Nino y Sigal, 2005) pero el remedio que perseguía para realizar sus derechos incidía sobre todas aquellas personas que se hallaran en la misma condición que la demandante, pero no porque el derecho a trabajar, por ejemplo, de cada una de esas personas estuviera siendo conculcado de manera homogénea, sino porque la barrera estructural que impedía el libre ejercicio de ese derecho a trabajar actuaba sobre la dimensión colectiva de tal prerrogativa. Por ello, el tratamiento razonable en lo instrumental es el que, de algún modo, va a fundamentar los alcances de la sentencia, y esta debe ser estructural.

Pero ¿por qué, entonces, el proceso bidimensional debería diferenciarse de aquél que brinda soluciones colectivas indivisibles?, básicamente porque la lesión a los derechos de la Dra. Labatón, volviendo al ejemplo, no se agotan con el plano dimensional colectivo, es decir, con la orden de remoción de las barreras arquitectónicas que impedían la realización de sus derechos, sino que, en su esfera individual, la Actora ha padecido efectos dañosos, además de una minoración en su subjetividad y una

interferencia en la ejecución normal de su “...*proyecto de vida*...”¹³¹, algo lo suficientemente relevante como para no ser descuidado por un procedimiento que solo se limite a la recomposición de la cuestión estructural. Es por ello que la tipicidad asume un rol preponderante, porque una correcta calificación del caso permitirá un mejor trámite y un remedio acorde a las circunstancias.

Abonando lo antedicho, se impone observar lo ocurrido en el otro ejemplo, allí el caso fue planteado como colectivo, de hecho quien representó a la clase fue una asociación legitimada por el art. 43, 2^{do} párr. de la Constitución Nacional, persiguiendo, también, una solución estructural para todos los miembros de la clase, pero, aun haciendo el proceso inverso que en “*Labatón*” respecto de los derechos invocados, está más que claro que las afectaciones al “...*derecho a la vida, a la dignidad, seguridad e integridad de las personas...el derecho a la salud*...”¹³² de cada uno de los sujetos alcanzados por el daño estaba acreditado, y la solución colectiva hacia adelante pudo atemperar los efectos lesivos, pero no recuperar los ya registrados. Ambos caso demuestran, entonces, que el trámite se debe certificar tutelando las dos esferas, la individual y la colectiva, ergo, la resolución certificará a la clase, por un lado, y admitirá la prosecución del *structural case*, por el otro.

Prosiguiendo con el desarrollo del modelo sistémico aquí propuesto, dos elementos sobresaldrán por sus sensibles diferencias con lo observado en los procesos colectivos convencionales: estos son, la publicidad y la sentencia. En cuanto a la primera cuestión, además de las buenas nuevas que se estudiaran, oportunamente en esta materia¹³³, se posiciona como necesario articular, en el seno de este tipo de mecanismos, otras formas de comunicabilidad que no pasan tanto por el medio o la tecnología empleada, sino, más bien, por sus destinatarios e intermediarios.

Sabido es que en este tipo de acciones, la publicidad aparece como una forma de garantizar el debido proceso y la defensa en juicio para aquél que no participa

¹³¹ Art. 1738, Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).

¹³² C.S.J.N., “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA00000121, (01/06/2000), Juez Vázquez, por su voto, *Consid.7*

¹³³ Ver al respecto, *Segunda Parte, Capítulo VI, Acp. f. pp. 400-408.*

activamente en el mismo y accede, a través de una buena práctica en la comunicación procesal, a la información que le permite tomar decisiones tan trascendentes como si será su deseo acogerse a los resultados del litigio o no (*opt in u opt out*).

En el caso de la tutela bidimensional, sea que la misma esté siendo impulsada por un afectado particular o por un legitimado institucional o estatutario, la publicidad va a tener dos objetivos primordiales: uno, el ya dicho de poner en conocimiento a la ciudadanía sobre el trámite procesal de una cuestión eminentemente relevante, y la otra, que será particular de este tipo de acciones, es articular esfuerzos entre el tribunal y las asociaciones que tienen por objeto la defensa de los intereses en juego comprometidos en el pleito, a fin de que éstas contribuyan a la determinación de potenciales miembros de la clase conculcada. Para el cumplimiento de este segundo punto, la propuesta es la siguiente: una de tipo comunicacional, que es la de habilitar un registro de organizaciones no gubernamentales a fin de que el tribunal actuante pueda correrles vista de la controversia a aquellas cuyo objeto esté relacionado con la causa, en pos de que tales asociaciones coadyuven a identificar y facilitar el acceso a los tribunales a los potenciales damnificados que, muchas veces, por desconocimiento o, simplemente, por evaluar que el costo de incorporarse al litigio es mayor que el beneficio que ello puede acarrearle, no adunan al mismo, debilitando la fuerza pretensiva y propiciando un salvoconducto transaccional rápido para quienes dañan masivamente. El otro elemento, relativo, en realidad, a la representación adecuada pero intrínsecamente conectado, como se verá, con otro elemento comunicacional del proceso, será la posibilidad que tendrán esas mismas asociaciones de conformar juntas de clase, es decir, grupos sindicados a ser representados por cada una de las asociaciones que así lo decida, con la obligación de concurrir a las audiencias convocadas por el juez a tal efecto, para certificar su grupo representado y acreditar su idoneidad como representante. Una vez sustanciadas las audiencias, que no deberían poseer plazos extremadamente prolongados, el proceso seguirá tramitando de manera normal con la permanente comunicación a las asociaciones representantes.

Estos elementos predichos contienen argumentos para fundar su existencia dentro de esta clase de litigios, a saber: el primero de ellos es que esta metodología es un buen incentivo hacia la difusión del poder (Lorenzetti, 2010). Es que, por intermedio

de las organizaciones del tercer sector se logra, a la vez que alivianar el proceso por el dique de contención pretensiva que ellas representan al filtrar a los interesados, que grandes temas que importan a la sociedad entren en clave de debate, tanto jurisdiccional como ciudadano, porque las asociaciones suelen cubrir una cuota indispensable en tal sentido, ya sea por su predicamento social, ya sea por sus acciones directas y positivas. Otro de los argumentos es el consabido de la apropiación de los bienes generales (Lorenzetti, 2010); en este tipo de causas, además de las consideraciones ya hechas, suelen conjugarse a menudo cuestiones que por su trascendencia exceden el plano del conjunto de interesados puntuales, es por ello que, al tener la posibilidad las organizaciones no gubernamentales de participar en casos de profundo interés para ellas, pudiendo transformarlos en verdaderos *Leading Cases* a futuro, el estímulo se halla más que justificado.

Del otro lado de esta vinculación, el demandante obtiene el beneficio de hallarse frente a un organismo coadyuvante con el expertise necesario para brindarle una colaboración que, de otro modo, posiblemente no tendría. El último de los argumentos, claro está, es el de acceso a la justicia para los ciudadanos, ya que esta mediatización realizada por las asociaciones puede permitir que en esta clase de pleitos ingresen más damnificados que la media estimable si ello quedara a la suerte del impulso propio. Va de suyo agregar que lo antedicho aplica para los legitimados funcionales (Defensor del Pueblo y Ministerio Público) con la sola salvedad que su labor coadyuvante debería ser general, no pudiendo formar juntas representativas, afirmar lo contrario entraría en conflicto con la propia naturaleza de sus límites funcionales¹³⁴.

Como último elemento logístico a diferenciar en acciones de tutela bidimensional, se hallará a la sentencia, ya que allí, al coexistir lo estructural, lo común y lo individual la integridad solutoria se complejiza. Como bien señala Lorenzetti (2010), a grandes decisiones judiciales en lo estructural se le oponen dos factores, las grandes dificultades de implementación de sentencias de tal tipo, y el inexorable paso del tiempo, que va menguando el interés de la sociedad en el *iter* solutorio y va dejando desprovisto a los jueces de la validación social necesaria para este tipo de resoluciones.

¹³⁴ Art.86, Const. Nac. Arg. y arts. 14 al 18, Ley N° 24.284, “Defensoría del Pueblo”, (02/12/1993); Art. 120, Const. Nac. Arg., Art. 25 y ccdtes, Ley N° 24.946, “Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal”, (18/03/1998).

Por ello, un mecanismo importante a atender y subsanar tales problemas es el que el autor precitado denomina *microinstitucionalidad* que, básicamente, apunta a plantear este tipo de decisiones estructurales bajo la forma de mandatos de hacer por un lado, y obligaciones de presentación de un plan sistémico para la solución definitiva del problema: esto se antoja ventajoso por dos cuestiones, la primera, porque mientras las soluciones estructurales se sustancian, el juez tendrá la libertad de poder ir adelantando la solución común a la clase, y habilitando, además, las respuestas incidentales individuales, sin que ello importe demoras en ninguna de las ejecuciones a llevar a cabo. Inclusive podría haber que el magistrado delegue al juez del domicilio de cada demandante que concurra a acreditar su daño diferenciado, la ejecución individual, a fin de aliviar su actuación procesal. Bajo este modelo, también podría proceder el solutorio estructural en materia de daños punitivos ya que, como se ha visto oportunamente, la propuesta esgrimida que permite aplicarlos deja en claro que los montos pecuniarios percibidos bajo ese concepto deben ser administrados por el magistrado en pos de hallarles un destino adecuado, el cual puede ser, por ejemplo, un fondo especial para financiar la actividad de las asociaciones en futuros litigios, o mismo permitir la reinversión de esos fondos en la obra estructural a realizar, con el objeto de brindar celeridad al proceso de ejecución de sentencias de este tipo.

En conclusión, el modelo de tutela bidimensional intenta privilegiar, por encima del ritualismo procesal, el dinamismo que importa la posibilidad de brindar respuestas integrales dentro de un mismo proceso, sin ralentizarlo pero bajo el principio de un eficaz servicio de justicia. Nada obsta a realizarlo, máxime teniendo en cuenta las enseñanzas que la Corte suprema ha venido dando al respecto los últimos años. Pensar en la posibilidad de un modelo que integre a “*Halabi*”, a “*Asociación Benghalensis*” y a “*Mendoza*”, tanto por sus logísticas como por su enorme valor y calidad a la hora de pensar el rol del Poder contramayoritario por antonomasia en el seno de las complejidades típicas de las sociedades democráticas. Como se dijera al comienzo del apartado, este no es un cierre sino un punto de partida, auspicioso, puede ser, pero si algo ha demostrado el cimero tribunal nacional estos últimos años es que las quimeras, aun aquellas que realmente parecían imposibles, judicialmente hablando, pueden llegar a tener, cualquier día, su día en la Corte.

h. Bibliografía especial

- Giannini, L., (2012), “*Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase*”, *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Número Extraordinario*, pp. 15-50.
- Lorenzetti, Ricardo L., (2010), “*Justicia colectiva*”, (1° Ed.), Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Giannini, Leandro J., (2008) “*Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de “derechos de incidencia colectiva” (a propósito del fallo de la CSN in re “Defensor del Pueblo de la Nación”)*”, L.L. 2008-A-97.
- Sola, Juan Vicente, (12/05/2014) “*Las acciones de clase en el derecho argentino*”, L.L. 1 – L.L. 2014-C, 735.
- Sánchez Cordero, J.A., (2014), “*Principios del derecho de los procesos colectivos (Principles of the Law of Aggregate Litigation)*”, Verbic, F., (Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México, The American Law Institute, Centro Mexicano de Derecho Uniforme. D.F., Estados Unidos de México, Ed. U.N.A.M.
- Maurino, G., Nino, E., Sigal, M., (2005), “*Las acciones colectivas*”, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. LexisNexis.
- Gordillo, A., (2014), *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 2*, (10^a ed.), “*La defensa del usuario y el administrado*”, recuperado de URL: <http://www.gordillo.com/tomo2.html>
- Ferreyra de la Rúa, A., Opl, C., (2003), “*Teoría General del Proceso*”, Tomos 1 y 2, Pcia. de Córdoba, Rep. Argentina. Ed. Advocatus.
- Chioyenda, G., (1949), “*Ensayos de Derecho Procesal Civil*”, Vol. III, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América; Ed. Bosch y Cía.
- Carnelutti, F., (1944), “*Sistema de Derecho Procesal Civil*”, Tomo I, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Uteha.
- Maurino, G., Sigal, M., (2009), “*Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva*”, SJA LexisNexis N° 0003/014394.

- Jeanneret de Pérez Cortés, M., (2003), “*La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones*”, LA LEY – 2003 – B - 1337, pp.2.
- Watson, D.G.Q.C., (2003), “*Las acciones colectivas en Canadá*”. Gidi, A., MacGregor, E. (Coord.), “*PROCESOS COLECTIVOS. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*”. Ciudad de México, Estados Unidos de México. Ed. Porrúa.
- Vergara, N. D., (2011), “*Legitimación en las acciones colectivas*”, Id Infojus: DACF110160.
- VERBIC, F., (2013), “*Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina. Relatorio Nacional (Argentina)*”, Civil Procedure Review, Vol.4, Special Edition, pp. 310-371.
- Carrillo, S.R., (2011), “*Los procesos colectivos ante una futura regulación procesal*”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 394, Jornadas Ítalo-Latinoamericanas/Argentinas. Celebración: 1, 2 y 3 de septiembre de 2010 en la Provincia de San Luis, Potrero de los Funes, Id Infojus: DACF140352. Provincia de Buenos Aires, Rep. Argentina, Ed. RAP.
- Gil Domínguez, A., “*Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva*”, publicado en La Ley, diario del 16/06/2011, p 1. Recuperado de URL: <http://underconstitucional.blogspot.com/2011/06/afectado-derechos-de-incidencia.html>.
- Giannini, Leandro J., (2013), “*LA TUTELA COLECTIVA DE DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS EN LA ARGENTINA (Marchas y contramarchas del Proyecto de Código Civil y Comercial)*”, “*Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales*”, (pp. 253-284), Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, n° 2013-1.
- Salgado, J. M., (2014), “*Una ley de procesos colectivos*”, RCyS2014-V, 227, AR/DOC/638/2014.
- Capaccio, J., Verbic, F., (2014), “*La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires innova con la creación y reglamentación de un Registro de Procesos de Incidencia Colectiva*”, LLBA 2014 (febrero) , 1; AR/DOC/3759/2013.
- Kalafatich, C., Verbic, F., (2015), “*La notificación adecuada en los procesos colectivos*”, Ponencia premiada en el “*I CONGRESO SUDAMERICANO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR*”, celebrado en la ciudad de Santa Fe del 2 al 4 de Septiembre de 2015, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 274, Sept/Oct 2015, pp. 1390-1395

- Verbic, F., (2009), “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2009-I (tutelas diferenciadas II).
- Gidi, A., (2004), “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*”. Distrito federal, Estados Unidos de México. Ed. De la Universidad Autónoma de México.

Conclusiones

...Lo importante es no dejar de hacerse preguntas...

Albert Einstein, (1879-1955)

En el cierre del presente trabajo de investigación, se impone la necesidad de aclarar que todo el recorrido transitado, además de resultar un viaje apasionante y profundo en el que se intentó demostrar, de manera fehaciente, el núcleo conceptual representado por la hipótesis, no ha hecho más que seguir las huellas trazadas por las preguntas que se han ido transformando, a medida que la tarea iba avanzando, en la guía estructural necesaria para arribar a este estadio.

Es bueno recordar que toda la estructura central del trabajo final se basa en dos preguntas nucleares de las que dimanarían todas las demás, *Vgr.:* aquellas que completan la mencionada guía, y que se postularan, oportunamente, de la siguiente manera: ¿qué sentido y alcance debe dársele al concepto de “*derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*” dentro del marco del derecho de daños? y ¿Cuáles serían los presupuestos mínimos más idóneos de una legislación que contemple a las acciones colectivas como medio de tutela jurisdiccional efectiva para estos supuestos?. Esos dos cuestionamientos partían de dos ámbitos de estudio bien diferenciados como son el aspecto estructural, o sustantivo, por un lado y el aspecto instrumental, o adjetivo, por el otro, siendo, ambos, la base esencial del planteo de la problemática de marras.

En la primera parte se ha tenido la pretensión de responder, fundadamente, cuál es el sentido y alcance que posee el concepto de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos en el marco de un área temática en particular como es la del Derecho de daños, conforme a la acepción actual de la órbita jurídica en cuestión. Pero ello no ha privado, no obstante, a que tal desarrollo recorriera algunos aspectos relevantes que habrían de surgir a medida que se profundizó la mirada del propio derrotero que las prerrogativas con implicancias colectivas han tenido en el

ordenamiento local, sobre todo desde su recepción constitucional en la reforma de 1994; es que la complejidad e impulso que el tema ha tenido en los últimos años ha obligado a formar, en primer lugar, una composición de tiempo y lugar para luego, si, adentrarse de lleno en destrabar los extremos de la problemática *stricto sensu*.

Esa misma razón permitió, además, ir nutriendo de riqueza argumental a la hipótesis de partida y dando forma, por qué no, a las respuestas a las indagaciones derivadas del planteo troncal, y a las conclusiones aquí postuladas.

Este racconto histórico permitió, además de lo ya reseñado acerca de la recepción de estos *nuevos personajes absolutamente misteriosos* (Bujosa Vadell, 1997), poner en plano comparativo a las distintas categorías de derechos existentes en el sistema; es decir que, partiendo de una figura estructural por antonomasia como es la de *derechos subjetivos*, brillantemente definida por el eminente Buteler Cáceres como la “...*facultad de obrar y de exigir con miras a la satisfacción de un interés honesto y justo, digno de la tutela jurídica...*” (Buteler Cáceres, 2000, pp.52), y omnipresente como concepción de prerrogativas atinentes al individuo considerado como tal, en una construcción racional que habría de mantenerse indemne, prácticamente, en todo el decurso de la historia moderna del hombre; pasando, claro está, por aquello que vino a significar la crisis de la concepción individualista del derecho y, junto con él, la rediscusión de la noción del derecho subjetivo, por obra y gracia de nóveles conceptos, para ese tiempo, como aquellos que ya empiezan a advertir que el hombre, además de sujeto individual, está plagado de relaciones que demarcan su *subjetividad asociativa* (Lorenzetti, 2010) y que, por lógica, no podía ello quedar ausente de la consideración jurídica, dando visibilidad a la esfera de *derechos sociales* que vendrían a entronizarse como la primer gran conquista de los albores del Siglo XX.

El devenir histórico depositaría al presente cuadro en otro hito, quizás el más paradigmático por las particularidades que éste asumió en cuanto a su capacidad de abrir debate y transformar principios que parecían indestructibles, encarnado por la reforma constitucional de 1994, como mojón de ese recorrido, en las postrimerías del Siglo pasado; si hacía falta algo para que el Derecho, como ciencia, demostrara su carácter dinámico y de hijo dilecto de su tiempo histórico, esto era la irrupción sistémica de una cosmovisión basada en la proyección transindividual de las prerrogativas

jurídicas; ello ya estaba instalado, y no de manera pacífica, tal como se ha visto, sino configurando emergencias conflictuales que pedían a gritos soluciones acordes, en el marco de las sociedades democráticas, con antelación a su debate en el seno de la ciencia. La incorporación al esquema de los derechos de incidencia colectiva comenzarían a trazar las líneas de esas respuestas hacia la sociedad y su ebullición conflictual supraindividual; es que la sola idea de tutelar bienes generales, pertenecientes a la sociedad en su conjunto, pero insusceptibles de apropiación exclusiva, es lo que permitió la toma de conciencia acerca de su uso sustentable, a la vez de la preocupación comunitaria por su protección irrenunciable. Pero se hacía mención aquí a su carácter paradigmático y, en honor a la verdad, esa condición no ahorró marchas y contramarchas en lo sucesivo; quizás una explicación posible a ello haya sido que la idea de incidencia colectiva como tal, si bien desde el sentido común resulta hasta de simple intelección, desde el punto de vista técnico jurídico, más por resistencias tradicionalistas que por otra cosa, acarrearía enormes inconvenientes en su aquiescencia. ¿Cuál era el sentido real, y alcances, de un concepto tan abarcativo como el de implicancia, o proyección, colectiva?, la respuesta no parecía asomar como de factura fácil. No obstante ello, la propia práctica jurisdiccional comenzaría por brindar algunos indicios de respuesta a esos cuestionamientos.

Es así como, poco a poco, lo individual y lo colectivo dejaron de ser conceptos antagónicos o extraños entre sí, para pasar a transformarse, a través de la arquitectura pretoriana de los tribunales sobre todo, en términos complementarios; se comenzó a internalizar la idea de que muchas prerrogativas, las expresamente mencionadas por el plexo constitucional y otras que venían a adunarse, poseían su condición intrínseca de proyectarse transindividualmente en virtud de su naturaleza indivisible (baste pensar en la indivisibilidad natural del medio ambiente, por ej.) y su trascendencia intergeneracional, ya que el molde de lo individual como concepción no bastaba para contenerlos, pero tampoco debía sucumbir ante ellos. Si se permite la digresión, ya desde ese momento, la consideración de lo colectivo emergía como un valor tutelable, pero a su vez, los valores individuales se revitalizaban en la voluntad de no ser avasallados por estos nuevos axiomas.

Pero es, justamente, a partir de allí que se plantea una nueva cuestión: ¿cuál es la naturaleza de esa incidencia colectiva?; pregunta no menor, máxime si se tiene en cuenta que, de su respuesta, nacería una nueva idea de proyección supraindividual de prerrogativas, una proyección basada en conceptos tales como el fuerte interés en su especial protección o su relevancia social, aun tratándose de derechos cuya naturaleza de apropiabilidad individual era indiscutible.

Volviendo a la pregunta de marras, la primera conclusión a extraer es que la verdadera naturaleza que posee esa denominada implicancia colectiva es la que se emparenta con el valor relevante que una sociedad democrática asigna a ciertos derechos, tanto por su valía fundacional, como por la importancia que éstos tienen en el sostenimiento del pleno goce de garantías en el marco de un Estado de Derecho. ¿Quién podría considerar, bajo estos parámetros, que una sociedad determinada funciona en conexión coherente con su ordenamiento jurídico si la vida, la salud o la educación, por mencionar sólo alguno de los derechos esenciales de apropiación individual, son víctimas permanentes del descuido y la desidia de aquél que debe velar por garantizarlos?; ¿no excede, acaso, la mera consideración cuantitativa el avasallamiento de estos bienes, aunque los mismos se conceptualicen, agencialmente, como reservados a la esfera de cada sujeto en particular?; ¿no proyecta ello efectos disvaliosos hacia el modelo de sociedad que se ha pretendido construir al momento de sentar los pilares normativos de la misma?.

Desde la postura que aquí se sostiene, con firme convicción, la respuesta es una sola: si, el cuidado de estos bienes jurídicos relevantes detenta una impostergable proyección supraindividual, es decir, una implicancia colectiva. Si, no se circunscribe al sujeto afectado en estos bienes relevantes el avasallamiento, sino que, cuando se atropellan valores de esta naturaleza, tal atropello incide en toda la sociedad o, por lo menos, en todos aquellos sujetos que se encuentren en iguales condiciones que el afectado.

Esta nueva perspectiva acerca de la ontología de los *personajes misteriosos* que el constituyente incorporara allá por 1994, tendría su correlato en la construcción de una nueva categoría jurídica, más cercana a los extremos antes señalados, tal y como fue la de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de un sostenido criterio de arquitectura iusfilosófica y técnico jurídica, iría sentando las bases, artesanalmente, para una nueva clase de derechos de incidencia colectiva, tal y como son aquellos definidos de la siguiente manera por el cimero tribunal:

...la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...¹

Una definición que abarca tanto su naturaleza sustantiva, como su naturaleza instrumental, relevando, por lo menos en lo que al pensamiento de la Corte exhibe, de mayores comentarios.

Teniendo ahora todo el cuadro completo de categorías jurídicas: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva de naturaleza indivisible y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, vale concluir que, además de las distinciones ya planteadas, una diferencia radical es su dinámica. Esto no implica que los derechos subjetivos no respondan a un criterio dinámico de rediseño permanente, nada más alejado de ello en la opinión que aquí se tiene, sino que, en el caso de los derechos de incidencia colectiva en general, como ese colectivo incidido es la sociedad como tal, la complejidad, cada vez mayor, de ella es lo que marca el pulso de ese dinamismo. Basta advertir los enormes cambios que se han registrado en materia de ampliación de derechos supraindividuales solamente en los últimos veinte años, para asumir, en comparación con los cambios paradigmáticos de las concepciones tradicionales, con su grado de complejidad también pero mucho más lentos, que las

¹ C.S.J.N., “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04”, Fallos 332:111 (2009), Consid. 12.

complejas redes sociales han hecho su aporte extremo a la deconstrucción y elasticidad de tales prerrogativas.

Ahora bien, lejos de dar por terminado el debate y esa deconstrucción conceptual, desde aquí se comienza a poner en tela de juicio, incluso, a la novel figura jurídica recién mencionada, desde dos aspectos: uno desde la propia conceptualización dada, y otro aspecto relativo a dar un paso más allá en cuanto a su sentido y alcance.

El primer aspecto mencionado se basa en subrayar que el *nomen iuris* planteado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re “Halabi”* no sería, acaso, el mejor término como para circunscribir su sentido dogmático y sus alcances sustanciales, ya que el sintagma *intereses individuales homogéneos* viene a encerrar, en sí mismo, una exigencia que ha devenido en restrictiva en cuanto a su hermenéutica posterior, además de resultar una distinción algo ociosa a la luz de caracterizaciones mucho más adecuadas, *Vgr.: derechos individuales homogéneos* (Giannini, 2008), *derechos de incidencia colectiva de naturaleza divisible* (Gil Domínguez, 2011), etc. Además, y ello se encumbra como de suma relevancia, las dificultades prácticas para hallar aspectos homogéneos en la telexis de cada individuo convierten al instituto de marras en una figura de asimilación más discrecional que técnica, ya que la graduación de ese interés común se corresponde más con una apreciación instrumental que con una realidad. A ello se le contrapone la noción de garantía estructural, más emparentada a las pretensiones de su consagración constitucional, que intenta advertir que lo que allí existe, en verdad, es una comunidad de prerrogativas de proyección supraindividual, pero de naturaleza divisible en porciones o cuotas de apropiación homogénea.

Salvando este primer rasgo debatible, y ya conceptualizando semánticamente a esta tipología de prerrogativas como derechos individuales homogéneos, se impone comprender su pertenencia Iusconstitucional como subcategoría de los derechos de incidencia colectiva allí reconocidos. En ello bien vale realzar, nuevamente, la tarea pretoriana del máximo tribunal nacional en cuanto a construir una noción basada, principalmente, en dos parámetros fundamentales, a saber: el primero de ellos es el de concebir a la idea de *incidencia colectiva* de la Carta Magna de una manera lo más amplia posible a fin de lograr abarcar una mayor cobertura de las emergencias conflictuales supraindividuales que la realidad social, su complejidad y desequilibrios

naturales y económicos imponen, para así seguir dando vida a aquello de que la Carta fundamental es, ante todo, un instrumento de garantías estructurales efectivas. En segundo lugar aparece, de forma clara y estridente, la idea dimensional de los derechos, es decir que asoma, aquí, la noción de que una prerrogativa medirá su alcance de cobertura conforme el plano dimensional que haya de ser comprometido. En el caso de la categoría consagrada por la Corte y la dogmática en general, ese plano dimensional común se advierte en virtud de la homogeneidad situacional y relacional que poseen cada uno de los sujetos protegidos por él, tal y como se ha explorado durante el transcurso del segundo capítulo del trabajo, en el cual, tanto al desentrañar la naturaleza jurídica del instituto de marras, como al indagar sobre los factores de homogeneización del mismo, se concluía que existe una fuerte vinculación situacional y relacional en la propia naturaleza de ciertas prerrogativas que deviene, necesariamente, en su uniformidad e identidad supraindividual, más allá de su naturaleza divisible.

Y respecto a esto es que se impone, justamente, una segunda afirmación a promover desde el presente trabajo, que se define, según mejores palabras que las propias de quien escribe estas líneas, como que

...probablemente la doctrina más importante que sentó la Corte Suprema con sus pocas decisiones sobre casos de derechos de incidencia colectiva haya sido la afirmación de que éstos pueden ser la dimensión colectiva de derechos individuales ya reconocidos por la constitución...la incidencia colectiva no borra ni elimina el derecho individual, no genera necesariamente entes ontológicamente diferentes o diferenciables de los derechos individuales, sino que puede ser una forma de manifestar tales derechos, cuando se dan ciertas circunstancias... (Maurino, Nino y Sigal, 2005, pp.182).

Como se ve, la noción de dimensionalidad comienza a cristalizarse y a mostrar sus virtudes superadoras. Ya no se habla de la incidencia colectiva como una propiedad de ciertas categorías, sino de una proyección dimensional que abarca, por qué no, a los derechos subjetivos tradicionalmente reconocidos. Es por ello que, desde aquí, se ha suscripto a una tesis mucho más amplia de conceptualización de los derechos supraindividuales, mucho más, por supuesto, que la llamada “interpretación intermedia” por Rivera h. (2008), aunque diferente de lo que él llamó “interpretación amplia” ya que allí se descuida la naturaleza dimensional de los derechos y sólo se apunta a la acumulación en base a una unidad causal, algo que difiere sensiblemente con lo que, como se verá a continuación, aquí se concluye.

Si hay un tema que ha agitado el letargo de quien aquí escribe en función de tratar de aportar una nueva perspectiva respecto al tema de marras, es la evidencia incontrovertible (a lo largo de la obra se han podido apreciar sobradas muestras de ello) que el escalafón de homogeneidad tiende más a ser llenado con cierto sesgo discrecional que objetivo, exponiendo a los acreedores de las más altas garantías constitucionales y, sobre todo, a las minorías, a filtros innecesarios en su búsqueda de ejercer, irrestrictamente, su derecho a ser oídos por los tribunales. En verdad, el elevado objeto que la categoría busca alcanzar, muchas veces, es sabotado por su propia clasificación conceptual. No parece ser el cartabón de la homogeneidad, y menos si ello va acompañado por la valoración de los intereses humanos, el criterio más fiable a la hora de garantizar el goce de los derechos y la tutela jurisdiccional efectiva para hacerlos valer.

No obstante lo antedicho, como la construcción conceptual resulta lo suficientemente valiosa como para, en lugar de descartarla, tratar de enriquecerla, es que surge esta perspectiva amplificadora del término en pos de determinar su sentido y alcance. En cuanto a lo primero, desde aquí se promueve un concepto más abarcativo que intente integrar las dos concepciones dimensionales históricas, la individual y la colectiva.

Esta naturaleza bicéfala o bifronte (Pérez Peicij, 2015; Lorenzetti P., 2013) que dota de sentido a ciertos derechos en cuanto a su proyección supraindividual, no se encumbra como un modo de ser permanente de tales prerrogativas, ya que afirmar lo contrario sería, sin más, terminar subordinando la esfera individual a la colectiva, básicamente, por la fuerza proyectiva que ésta última tiene. Así como se ha observado que, en el concepto pretoriano la homogeneidad es un catalizador que modifica la condición originaria de un derecho; *Vgr.*: el derecho a la salud como prerrogativa individual cuando es lesionado por un hecho único, o continuo, que impacta sobre esa prerrogativa en cabeza de un cierto número de personas, afectándolas de manera idéntica, la homogeneidad allí opera como un catalizador que colectiviza a tal derecho. En el caso de la teoría aquí propuesta, la lesión es un materializador dimensional de una esfera que ya existía, objetivamente, en esa prerrogativa. Es decir que ciertos derechos individuales se proyectan, de manera complementaria, hacia una dimensión colectiva,

aunque ello sea, a priori, una proyección en expectativa. El daño será, como punto de impacto jurídico, y bajo determinadas circunstancias, el materializador de esta proyección bidimensional, operando en consecuencia, como factor homogeneizador del menoscabo a tales prerrogativas, propiciando el marco para que, mediante un proceso especial a tal efecto, se proceda a brindar tutela jurisdiccional efectiva en ambas esferas.

En cuanto al alcance que habrá de asignarse a los derechos individuales homogéneos, según la doctrina, o derechos bidimensionales, conforme la propuesta del presente trabajo, se hizo conveniente, por la coherencia que reviste con el posicionamiento aquí vertido, echar mano a una clasificación brillante que hiciera, en su obra, Gordillo (2014) quien advertiría, en opinión que se comparte, que la factura enunciativa del artículo 43 de la Constitución Nacional no se agotaba con lo allí mencionado, sino que los alcances de esos “...derechos de incidencia colectiva en general...”² se amplificaban a

...a) el derecho a participar en los partidos políticos, el de estos a actuar (art. 38) y las formas de participación que consagran los tratados y el art. 42; b) el derecho subjetivo a la resistencia contra las violaciones al sistema democrático (art. 36), c) el derecho de incidencia colectiva a que no haya corrupción en la función pública (art. 36, cuarto párrafo en su remisión al tercero y anteriores); d) se reconoce —aunque se remite a la ley— el derecho de iniciativa (art. 39) y consulta popular (art.40); e) el derecho subjetivo y de incidencia colectiva a la salud y a un medio ambiente sano (art. 41 y 43); f) derecho a la protección de los intereses económicos de los usuarios (art. 42); g) a la libertad de elección (art. 42) o sea, que no haya monopolios sino los “naturales” o “legales;” en consecuencia, el derecho “a la defensa de la competencia” (ídem, segundo párrafo y 43 segundo párrafo), o sea, a tener por principio, un sistema de libre competencia en la provisión de bienes y servicios; h) al control de los monopolios naturales y legales (art. 42, segundo párrafo); i) a la participación, que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (art. 42, tercer párrafo) y se complementa con la garantía de audiencia pública, que a su vez articula el derecho a la defensa previa del art. 18 con el derecho de incidencia colectiva del art. 42; j) y en general a la tutela del usuario y consumidor (arts. 42 y 43, segundo párrafo); k) El derecho a la información... (Gordillo, 2014, pp.105-106)

Por lo tanto, y bajo los argumentos antepuestos es que se concluye, como respuesta parcial a la primer pregunta estructural que, desde la perspectiva de advertir a los

² Art.43 2^{do} párr., Const. Nac. Arg.

llamados derechos individuales homogéneos como derechos bidimensionales, con las propiedades ya expresadas, su sentido será su naturaleza bidimensional, es decir, la coexistencia estructural de un objeto individual y un objeto colectivo dentro del mismo derecho, siendo uno el que lo dota de su calidad apropiativa y el otro el que le brinda su calidad proyectiva; mientras que su alcance estará dado por todo aquél derecho/garantía que el ordenamiento reconozca, y que pueda, ante el efecto materializador dimensional, adquirir un sentido bifronte. Al respecto, y a modo ilustrativo, bien vale citar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha opinado en lo tocante a un derecho humano como la libertad de expresión

...cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales...³

Dejando claro que la bidimensionalidad es un modo de ser de ciertos derechos, y no una calidad circunstancial. Resta, ahora, seguir adentrándose en aquello que vincula al daño como el materializador dimensional, y al Derecho de Daños como el área de interés para estudiar tal fenómeno. Para lograr tal tarea, fue preciso, previamente, comprender como la noción de prerrogativas reconocidas constitucionalmente se fue inoculando dentro del régimen del Derecho Privado, a pesar de pertenecer, ambos, a construcciones culturales bien disímiles.

La existencia de esta figura no implicaría, *per se*, su traspolación a todo el sistema de Derecho Privado si antes no se concibiera al ordenamiento jurídico como un todo orgánico, cuya base de sustentación es la constitución nacional como fuente vinculante de derechos. Esta constitucionalización del Derecho Civil que, como se observó oportunamente, ya conforma la regla en el art. 1 del nuevo Código Civil y

³ Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Opinión Consultiva OC -5/85 del 13 de Noviembre de 1985, Serie A N° 05, Consid. 30.*

Comercial de la Nación⁴, vino a elevar su piso hermenéutico por un lado, y transfundió, por el otro, los efectivos derechos y garantías constitucionales a su sistema común, con todo lo que ello importaría, tal como se ha visto en los hechos.

Esta suerte de transfusión estructural también se registraría en cuanto al sistema de Responsabilidad Civil propiamente dicho, siendo el ejemplo más relevante de ello la nueva noción del derecho a la reparación plena e integral como derecho constitucional, algo que importaría la irremediable transformación del Derecho de daños en su conjunto, prohiendo no sólo una nueva concepción acerca de los alcances de la obligación de responder ante la lesión, sino que, además, resignificaría la concepción del impacto dañoso, ya no mirado de manera eminentemente fragmentaria, *Vgr.*: el impacto con consecuencias patrimoniales, o el impacto con consecuencias extrapatrimoniales, sino ampliado a la concepción del daño injusto sufrido por la persona en toda su integralidad.

De este fenómeno se desprende, también, la necesidad de asimilar las nuevas tipologías de Responsabilidad Civil que emergen ante el daño a categorías de derechos, constitucionalmente reconocidos, que exceden el marco de consagración clásica de los derechos subjetivos, ya que los nuevos *personajes* (Bujosa Vadell, 1997) constitucionales también serán pasibles de ser afectados lesivamente, y también, como la propia experiencia lo indica, requerirán de mecanismos eficientes para su reparación plena ya que los valores puestos allí en juego bien lo ameritan.

Es así que el ámbito de lesividad, entendido ello como punto de impacto que propende a la homogeneidad situacional y fáctica, o como materializador dimensional, adquiere, ahora, una capacidad expansiva que excede a los cánones tradicionales que han signado la materia, aportando al escenario social nuevas formas de dañosidad capaces de afectar bienes no renovables (colectivos), o propagar sus efectos a grandes cantidades de personas *situadas* en relaciones de interconexión permanente. Es por ello

⁴ “ARTÍCULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

que el Derecho requiere de nuevas fórmulas que permitan contener, y dar respuesta, a estas nuevas formas de lesividad y, anticipando lo que va a ser una conclusión clave al respecto, ni siquiera ya la concepción ecumenizada por la doctrina mayoritaria (Lorenzetti, 2010; Gil Domínguez, 2011, entre otros) de lesión a derechos individuales homogéneos, da alcance a la velocidad evolutiva que el daño supraindividual ostenta en la hora actual, ya que, a menudo, el menoscabo supera ampliamente a un grupo determinado de sujetos y adquiere ribetes estructurales que prohíjan, a su vez, más padecimientos masivos.

Es así como nace todo un sistema de protección civil a prerrogativas de incidencia colectiva en general, que tiene como nota distintiva, por la relevancia axiológica de los bienes ya mencionada, un mayor marco de cobertura en cuanto a la responsabilidad emergente ante el daño, que podría definirse como una elastización tuitiva del Derecho, ensanchando sus fronteras tanto en materia de consideración de los efectos del daño propiamente dichos, como de aquello que importa la evitación del mismo y su restitución al estado previo a la afectación, repercutiendo, de esa manera, en el esquema de responsabilidad civil aplicable a cada caso (Pizarro, Vallespinos, 1999). De aquí se desprende, sin lugar a dudas, una respuesta tangible y poderosa (la experiencia de los últimos años y la propia propuesta de este trabajo intentan abonar ese fortalecimiento) de la ciencia jurídica ante la materialidad innegable de estas emergencias conflictuales paridas con el final del siglo pasado, pero que han llegado para quedarse junto a un sesgo de complejización de las problemáticas que rodean a la persona, llevado hasta tal extremo, que la cosmovisión del individuo *per se* prácticamente ha ido sucumbiendo para dar lugar a la noción de hombre situado, de individuo, sí, pero ya empoderado en una relación de pertenencia supraindividual (Heredia, 2007).

A esta tutela preventiva y tutela resarcitoria vale agregarle un tipo especial de tutela jurídica, tal y como es la tutela punitiva del daño, algo que desde aquí se promueve de manera enérgica en la búsqueda, claro está, de sancionar de manera disuasiva a quien introduce un curso disvalioso en grave perjuicio a bienes jurídicos relevantes, además de desincentivar ese tipo de inconductas a futuro. Esta necesidad de hallar, además de un amparo reparador del daño, una forma de castigar, y dismantelar a

futuro, a esos cursos conductuales disvaliosos que, lamentablemente y sobre todo en materia de bienes jurídicos supraindividuales, se van haciendo naturales dentro del contexto de sociedades complejas se impone, y para ello es preciso que el Derecho asuma un rol protagónico en procura de reencauzar esas máculas que se erigen provocando la indefensión de la comunidad toda ante sus dañinos efectos.

Por ello, desde la presente obra, se confeccionó una propuesta autónoma de modificar lo dispuesto en materia de defensa de consumidores y usuarios (única área jurídica que prevé a las sanciones pecuniarias disuasivas) y crear, además, una regulación común que alcance, también, a los funcionarios públicos en cuanto a la gravedad que representa el ejercicio, por parte de éstos, irregular de sus funciones en lo atinente al impacto sobre bienes supraindividuales.

Volviendo al terreno de la prevención y reparación en materia de derechos supraindividuales, quedó claro a lo largo de las extensas indagaciones que se hicieran oportunamente, que en la hora actual, y sobre todo en materia de derechos colectivos propiamente dichos, la nueva fórmula prescripta por el Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto a la consagración del deber de prevención del daño⁵ se erige como una muy buena noticia, por lo menos en lo que hace a su consagración normativa, ya que la noción aquí sostenida de “*apropiabilidad de los bienes generales*” (Stiglitz, 2000) por parte de los ciudadanos exige, ante todo, la utilización sustentable de los mismos, algo que implica, por supuesto, la obligación genérica de evitación de todo menoscabo. Se celebra también, el intento del legislador de generar una vía procesal autónoma a fin de solicitar la tutela judicial ante la amenaza de daño.

Una cuestión más novedosa, y menos intensamente reglada, lamentablemente, aunque con fuerte predicamento en materia jurisprudencial, es la relativa a la tutela resarcitoria, y más precisamente, al daño resarcible en materia de derechos de incidencia colectiva en general. En este trabajo se ha expresado en reiteradas oportunidades la crítica a la “*...poda...*” (Prat, 2013) que en tal sentido sufriera el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación por parte del Poder ejecutivo, por lo cual, a tales consideraciones se remite, no obstante, vale decir que en ocasión de mencionar algunas

⁵ Arts. 1710 a 1713, Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

propuestas y desafíos que, desde aquí se estima que este trabajo puede motivar, se hará allí mención a la necesidad de incorporar, en materia de Responsabilidad Civil, una concepción más amplia respecto a las prerrogativas tutelables. Justamente, y volviendo a retomar el hilo del daño resarcible a bienes jurídicos colectivos de objeto indivisible, se adhiere fuertemente a la postura plasmada por un *Leading Case* en la materia, tal como ha sido “*Municipalidad de Tandil*”⁶ ya que allí se planteó la procedencia de la reparación plena e integral extrapatrimonial mediante resarcimiento económico a la comunidad por el daño moral resultante del detrimento a bienes de esta naturaleza. En clara sintonía con lo expresado *in re* “*Halabi*”, se propone la legitimación extraordinaria garantizada por el plexo constitucional a fin de representar al damnificado directo, que resulta ser la comunidad toda, en la exigencia de resarcimiento en calidad de daño moral colectivo, fundando tal postura en dos aspectos: una es la ya mencionada teoría de *apropiación* por parte de la comunidad de los bienes generales que, como bien plantea Lorenzetti (2010), tiene como principal correlato la *apropiación* de su conservación y uso sustentable, a la vez que, ante su deterioro o pérdida, la facultad consecuente de exigir su recomposición o compensación. El otro argumento que sostiene a la postura aquí cimentada contiene, a su vez, dos elementos:

a)...los perjuicios colectivos no tienen como víctima a algún ente diferenciado de quienes componen el grupo; son éstos los damnificados, aunque el menoscabo no apunta a las personas de modo lineal y diferenciado, sino que se propaga complejamente entre ellas, como miembros de alguna específica realidad comunitaria... (Zavala de González, 1998/1999, pp.148)

b) “...la existencia de un canal representativo interesa como recurso práctico para actuar en nombre de todos los miembros del grupo, y no de la eventual persona jurídica que los aglutina...” (Zavala de González, 1998/1999, pp.153).

Estos dos pilares son los necesarios para concluir en favor de la procedencia de este instituto. Ahora bien, esta cuestión no puede soslayar un concepto que es inherente a los bienes colectivos, tal y como es su indivisibilidad, por lo cual, la única solución posible ante el resarcimiento económico es que “...*si el daño es causado al bien colectivo en sí mismo, resulta justo y procedente que la indemnización se destine a un*

⁶ *Cam. De Apel. en lo Civ. Y Com. Azul, Prov. De Bs. As., Sala 2^{da}, “Municipalidad de Tandil c/ Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro s/ Daños y perjuicios”, JA 1997-III-224, (22/10/1996).*

"patrimonio de afectación"... " (Lorenzetti, P., 2013, pp.3), dejando expeditas diversas alternativas para la mejor utilización de esos fondos.

En cuanto al daño resarcible en materia de los denominados derechos individuales homogéneos, algo que hace al núcleo de la primer pregunta de investigación, se promueve una visión diferente, anclada en la hipótesis de redefinición de tal concepto bajo el sintagma amplificador de derechos bidimensionales, buscando, de tal forma, desarticular las posiciones de reparación del daño basadas en una "...óptica ortodoxa de los derechos y bienes individuales o propios..." (Cafferatta, 2014, pp.17) que, se sobreentiende, no se considera que el apotegma propuesto por la CSJN, aun cuando establece al factor de homogeneidad como un elemento comunicante, haya desactivado del todo. En cambio, una omnicomprensión basada en que, ante el daño entendido como materializador dimensional, coexisten tres ámbitos de afectación: el estructural, el común y el individual, que deberán ser reparados de manera plena e integral, ya que si ello no ocurre, la alta letra jurisprudencial, hoy consagrada en la Ley fundal⁷, se torna ilusoria.

Se entiende, a tal efecto, que la solución propulsada por la doctrina mayoritaria surte una suerte de efecto de "sábana corta" ante la complejidad que hoy asume el daño; puede llegar a ser muy eficiente, dependiendo muchísimo de reglas procesales muy claras al respecto, que hoy brillan por su ausencia, en la reparación plena del piso mínimo homogéneo de efectos lesivos, pero ni siquiera roza a las cuestiones estructurales que han ocasionado el daño, sin olvidar que, además, propende a tener una visión menos contemplativa de los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales diferenciados, o sea, no homogéneos. Por lo antedicho es que se impone la idea de un marco de comprensión del daño resarcible desde la perspectiva de sus efectos en plano bidimensional, ya que ello permite que sus alcances sean más efectivos y superadores en la plenitud e integralidad reparatoria. Abonando esta visión, el nuevo Código Fondal se presenta bajo la idea de concebir, en general, que

...Los derechos subjetivos no se agotan en el ámbito de los intereses individuales en virtud de que poseen un cariz social; esta faceta social de los derechos individuales fue históricamente señalada

⁷ Arts. 1716 y 1740, Ley N° 26.994, "De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina", (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).

por la doctrina nacional y extranjera. El Código toma la naturaleza bifronte (individual y social) de los derechos subjetivos y lo plasma en el articulado... (Pérez Peicij, 2015, pp.402-403)

En el otro extremo del daño y sus efectos, asoma la responsabilidad del agente que ha de provocarlo, y en ese sentido, desde aquí se promueve un régimen de Responsabilidad Civil general en materia de derechos supraindividuales, y no microsistemas estatutarios como los que hoy existen, que partan de una pauta de clasificación que contemple una conexión causal basada en criterios objetivos; la propuesta aquí sostenida habla de un nexo causal dimensional (en discrepancia con un nexo causal homogéneo que, como ha marcado la propia investigación, muchas veces queda sujeta su determinación al arbitrio jurisdiccional⁸) que, según el curso ordinario y natural de las cosas erija al hecho como condición necesaria para producir resultados lesivos dimensionales⁹. Hecha tal salvedad, la clasificación queda propuesta de la siguiente manera: **1.** Una acción que importe un hecho, o actividad antijurídica (vale recordar aquí que puede tratarse, incluso, de un despliegue formalmente lícito); **2.** Un nexo causal dimensional y **3.** Un factor de atribución objetivo fundado en la carga unilateral que impone el ordenamiento jurídico a quien, con o sin voluntad, produzca un detrimento, o genere las condiciones potenciales para que éste se produzca, mediante el despliegue de su propia actividad o mediante la utilización de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que, por su naturaleza, importen un riesgo para terceros (Güitrón Fuentesvilla, 2007) o, inclusive, se valga de la actividad desplegada por sus dependientes.

Por todas estas cuestiones recorridas es que, en conclusión, la respuesta integral al primer tópico de indagación queda configurada de la siguiente manera: El sentido y alcance que se estima correcto para los llamados derechos individuales homogéneos es el que pone el sentido en la naturaleza bidimensional de ciertos derechos, que además de su esfera individual de apropiación, posee una proyección dimensional colectiva que, ante su afectación material, incide supraindividualmente. En cuanto a su alcance, el mismo se colige sobre toda aquella prerrogativa que adquiere, en virtud de la relevancia

⁸ Ver al respecto lo expresado en *Primera Parte, Capítulo III, Acp. e, pp.212-213.*

⁹ Ver al respecto los ejemplos tomados de los casos “PADEC c/Swiss Medical” y “Asociación Benghalensis” en los cuales se advierte, claramente, la diferencia dimensional entre antecedente y consecuente según las características objetivas del antecedente. *Primera Parte, Capítulo III, Acp. e, pp.214-216.*

axiológica que ostenta en la sociedad, una inescindible proyección supraindividual. Llevado esto al terreno del Derecho de daños, se observa allí, que en tal modelo, la lesión será el punto de impacto jurídico que actuará como materializador dimensional, dadas las circunstancias. Bajo este paradigma, la homogeneidad es un factor predicable de los efectos del menoscabo, una vez materializado dimensionalmente el daño.

Prosiguiendo con las definiciones finales del trabajo, corresponde ahora el turno de la cuestión instrumental indagada, y asociada, claro está, a lo vertido respecto de la primera parte. En este marco, la pregunta que daba comienzo a la investigación era ¿Cuáles serían los presupuestos mínimos más idóneos de una legislación que contemple a las acciones colectivas como medio de tutela jurisdiccional efectiva para estos supuestos?

Más allá de la pregunta concreta, el tema obligó a un estudio profundo acerca de las herramientas instrumentales colectivas, yendo desde la figura del amparo colectivo consagrado constitucionalmente¹⁰, hasta el novedoso esquema propuesto por la CSJN en el *Leading Case* “*Halabi*”, consistente en un modelo de tutela procesal colectiva híbrido (Verbic, 2013-b) que recoge notas tanto del modelo norteamericano de “*Class-Actions*”¹¹, como del modelo español de “*Enjuiciamiento Civil*”¹² y del más cercano esquema procesal consumeril brasileño¹³, pasando por lo regulado al respecto por la ley de defensa de usuarios y consumidores¹⁴ y, por supuesto, por el trascendente caso “*Mendoza*”¹⁵ que habría de sentar las bases del llamado *Structural Case* argentino (Lorenzetti, 2010), para arribar, finalmente, al análisis concreto de las pautas o presupuestos mínimos más adecuados para las acciones colectivas.

¹⁰ Art. 43 2^{do} párr., *Const. Nac. Arg.*

¹¹ *U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions.*

¹² *Ley N° 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, (08/01/2000).*

¹³ *Lei N°8078/90, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, (11/09/1990).*

¹⁴ *Art. 54 y ccdtes, Ley N° 24.240, “Ley de defensa del consumidor”, (13/10/1993), Texto actualizado según Ley N° 26.994, “Código Civil y Comercial de la Nación”, (08/10/2014), y Ley N° 27.077, “Modificación. Vigencia”, (18/12/2014).*

¹⁵ *C.S.J.N., “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”, JA 2006-III-294, (20/06/2006).*

En lo tocante al meollo de la temática abarcada, y luego de anticipar una opinión favorable hacia la recepción de un modelo de acciones de clase tal como ha reclamado la Corte Suprema en “*Halabi*”, y coincidiendo, también, con los eminentes ministros del cimero tribunal en que la única manera de brindar certidumbre jurídica es a través de una regulación procesal que fije un marco general de aplicación en la materia, y no fragmentario e incompleto como hoy se tiene, y habiendo, además, repasado diferentes proyectos en tal sentido, extrayendo los patrones que se estimaron más idóneos a fin de hallar allí aportes enriquecedores de la perspectiva planteada sobre el punto; la primera conclusión que deriva de todo ello es que un mecanismo adjetivo que se precie de adecuado para consagrar, en el sistema procesal argentino, a las acciones de clase como logística jurisdiccional más idónea para la tutela efectiva de derechos de individuales homogéneos, advirtiendo las distinciones propias de adoptar un modelo jurídico como el de los derechos bidimensionales, sin violentar con inoculaciones foráneas innecesarias al marco procedimental general, no puede obviar, bajo ningún aspecto, a dos tipos de pautas o presupuestos que habrán de ser esenciales, a saber: pautas o presupuestos endógenos, y pautas o presupuestos de procedimiento.

Respecto de los primeros, y luego de lo estudiado, resulta determinante comprender que los caracteres endógenos de la acción de clase como modelo procedimental son cuatro: 1. Su efecto preclusivo, que es aquello que marca el ritmo del litigio impidiendo “...que el proceso se retrotraiga a estadios o etapas que se encuentran superadas o que se reproduzcan actos procesales ya cumplidos o que no tuvieron cumplimiento en el orden establecido por la ley...” (Ferreyra de la Rúa, Opl, 2003, T.1, pp.146); 2. La numerosidad, que importa que la pluralidad contenida por ella sea lo suficientemente relevante como para justificar su sustanciación en un único proceso (Lorenzetti, 2010) y que, bajo la óptica que aquí se sostiene, tal relevancia obedecerá a un criterio cuali-cuantitativo: cualitativo porque el impacto plural relevante de ese factor común de afectación encumbra, valorativamente, el fuerte interés en propiciar una solución que dé alcance al colectivo damnificado; cuantitativo porque su carácter de pluralidad relevante se mide por la cantidad de sujetos alcanzados por esa unidad causal, promoviendo la idea de un piso mínimo cuantificable como requisito de admisibilidad de la clase. Sobre esto último se arriesgó aquí una opinión acerca de la conveniencia de fijar un parámetro mínimo de numerosidad (en algunos países, se fija

un piso de 2, 7, 10 o inclusive 100 personas como mínimo para admitir a la clase); **3. La identidad**, que básicamente encarna la idea de un vaso comunicante como signo de esa pluralidad de sujetos cuyos intereses adunan al proceso, ya que la sola ausencia de tal requisito vacía de contenido al propio concepto, al descartar su calidad conjuntiva. Es la propiedad que le da nombre a la clase y circunscribe su conjunto; **4. La tipicidad**, que desde la interpretación realizada en el presente trabajo se distingue de otras conceptualizaciones foráneas, en tanto y en cuanto, dentro del marco normativo nacional se ha de definir como la capacidad proyectiva del bien comprometido hacia una dimensionalidad jurídica colectiva que, en términos concretos, importará que la *causa petendi* en la pretensión esté basada en prerrogativas cuya implicancia colectiva sea, por lo menos, factible, no importando ello que el derecho invocado debe responder a una categorización pre configurada, sino a que, de las propias circunstancias del caso, se pueda colegir la dimensionalidad jurídica supraindividual, algo que se corresponde con la posición que se sostiene sobre privilegiar la óptica de una tipicidad amplia, pero dentro de los cánones de clasificación de prerrogativas de incidencia colectiva, tal como promueve Gordillo (2014) en cuadro que fuera oportunamente citado.

Desde la otra perspectiva, aparecen las llamadas pautas procedimentales que, si bien gozan, también, de ser de carácter intrínseco al proceso, marcan su logística propiamente dicha, estos son: **1. Certificación de la clase**: es la oportunidad procesal, de previo y especial pronunciamiento, en la cual se han de corroborar los elementos endógenos de la clase, *Vgr.*: numerosidad, identidad y tipicidad, es la puerta de entrada a la acción de clase y debería ser regulada teniendo en cuenta ciertos aspectos: su admisibilidad de previo y especial pronunciamiento, sus plazos de certificación, vías recursivas ante el rechazo de alguno o todos los elementos endógenos antedichos, resolución de certificación y notificación, plazos de apelación; **2. Legitimación**: una vez impetrada la demanda, y sustanciada la certificación de la clase, procede la acreditación de legitimación procesal. Dos extremos signan la postura sostenida acerca de este instituto, uno el correspondiente a quiénes habrán de ser los sujetos legitimados extraordinarios, y la otra cuestión hace a aquello que deben probar objetivamente en el trámite procesal; respecto a lo primero, se ha reiterado a lo largo del trabajo que, desde aquí, se promueve una visión amplia respecto al reconocimiento de legitimados procesales dentro del sistema, a saber: el legitimado Directo (Afectado), el legitimado

funcional (Defensor del Pueblo), los legitimados institucionales (asociaciones, simples asociaciones y fundaciones), los legitimados estatutarios y legales (Asociaciones sindicales, Colegios Profesionales), y la persona jurídica Estatal en torno a los bienes jurídicos colectivos propiamente dichos. El mejor argumento para justificar tal posicionamiento se enrola, justamente, con aquello que se debe probar respecto de la legitimación procesal en el litigio, y es lo tocante a la representación adecuada, aunque aquí se adhiere a la opinión de Gil Domínguez (2011) en tanto y en cuanto algunas representaciones deberían gozar de presunciones a favor de su idoneidad, a saber: los legitimados institucionales de una presunción *iuris tantum* respecto de su determinación y compromiso, su disponibilidad de tiempo para sostener el trámite y su calidad en postulaciones, y todo ello debido a que se trata, en general, de organismos cuyo objeto principal es, justamente, la defensa del derecho conculcado; una presunción *iure et de iure* respecto del Defensor del Pueblo y los legitimados estatutarios: en el caso del primero, va de suyo que quien tiene el deber de defender los intereses de la sociedad está preparado para encabezar una defensa técnica de clase y, por lo tanto, es esperable que cumpla con todos los requisitos de idoneidad; los segundos son organismos a los cuales el grupo de personas que conforma la clase está afiliado, ello significa que su potestad tanto de control, como de comunicación con aquellos que los representan es mucho más fluida y, por lo tanto, esperable que cualquier problema de inidoneidad que pudiera surgir se evacúe en el seno de tales asociaciones, y no en los estrados judiciales. Ahora bien, si uno hace el ejercicio intelectual de ordenar las variables de esa idoneidad para representar a una clase de sujetos determinada o determinable, estas son:

...a. Determinación y compromiso con la causa. b. Disponibilidad de tiempo y recursos económicos para sostener el trámite complejo y oneroso que, en general, demanda un proceso colectivo. c. Ausencia de conflictos de intereses con los restantes miembros de la clase. d. Así como la calidad de las postulaciones iniciales y la diligencia procesal... (Carrillo, 2011, pp.12)

Y las va conjugando con los diferentes sujetos de derecho mencionados, encontrará que cada uno de ellos destaca en alguno, o en todos los puntos que hacen a la buena práctica representativa. Parece poco razonable seguir sosteniendo criterios restrictivos en cuanto a la capacidad *ad processum* si lo verdaderamente importante es garantizar los derechos de todos los miembros de la clase, por un lado, y asegurar la representatividad más adecuada para ellos, por el otro, y la manera de lograr tales

objetivos no pasa por restringir a los legitimarios, sino por reglar criterios de idoneidad objetivos. Es por ello que se adhiere a la idea de promover una regla específica que delimite los parámetros de representatividad adecuada; **3. Publicidad:** todos los actos sustanciados durante el procedimiento deben estar sujetos a publicidad ya que ello, en este tipo de acciones, es la única garantía de cognoscibilidad que poseen quienes estando identificados no participan activamente del trámite, o quienes potencialmente pueden verse beneficiados por el procedimiento en curso. Por otro lado, la publicidad es lo que permite que los miembros de la clase puedan auditar al representante de ella, ya que sus actos se verán reflejados en las diferentes comunicaciones que han de llevarse a cabo. Vale decir, respecto a este tema, que se saluda con muy buena expectativa que tres elementos esenciales como el registro nacional de procesos colectivos, las notificaciones electrónicas y la gratuidad del proceso (algo que está vigente en el marco de las acciones de consumo pero que podría ser ampliado al marco general) formen parte ya de nuestro sistema. Esos tres instrumentos son un gran incentivo para que las acciones de clase comiencen a encumbrarse dentro de la logística jurisdiccional Argentina. Quizás sería deseable acelerar la articulación con los fueros provinciales, a fin de lograr cruces de información eficiente, máxime teniendo en cuenta que muchos de estos procedimientos se llevan a cabo con idénticas pretensiones a lo largo y a lo ancho del país. Otro aspecto que se estima como de un gran valor es la idea de activar la publicidad en

...banners informativos en la página web de la demandada, publicidad televisiva, carteles en las oficinas, publicidad en redes sociales de la demandada y de instituciones públicas y del tercer sector involucradas en la temática, emails, mensajes de texto y anuncios expresos en las facturas, entre otros... (Kalafatich y Verbic, 2015, pp.1394)

Todos temas que, según se estima, hacen a la buena política procedimental; **4.Sentencia:** sabido es que el momento culmine del proceso es la sentencia, y que tal instancia está solo reservada al juez y su leal saber y entender. Pero en el caso del proceso colectivo, la sentencia configura la piedra de toque para otro periplo, tal y como es el que se relanza a partir de los efectos y alcances de la misma. Es que el decisorio en casos de estas características, tiene una fuerza expansiva que, según los alcances a los que está encaminada, desplegará su autoridad de cosa juzgada hacia todos y contra todos o hacia quienes concurren al proceso solamente. Tal como se anticipara en el

acápites correspondientes se reitera aquí en el terreno conclusivo, la sentencia que ha de propagar su autoridad de cosa juzgada *secundum eventum litis*, es decir, aquella que expandirá sus efectos hacia todos aquellos a quienes beneficie la decisión, a excepción de aquellos sujetos que hagan uso de su opción por autoexcluirse del proceso, parece obedecer al criterio más equitativo y, por lo tanto, más aceptable; será tarea del legislador lograr que ese incipiente principio, precariamente instituido en la ley consumeril, comience a ser enriquecido con una legislación que engrose a la institución en particular, y a las acciones de clase en general. Buena medida a tener en cuenta son alguno de los Proyectos de Ley presentados a tal efecto, en cuanto éstos aportan riquísimas cuestiones para incorporar en la reclamada fórmula futura.

En conclusión, se estima conveniente la fijación de estos parámetros reseñados en procura de sistematizar, y darle forma de molde, al proceso colectivo tipo, ya que ello propiciará una buena base para la confección de normativa al respecto.

Todos estos criterios han sido el Norte a la hora de esbozar un modelo sugerido de tutela jurisdiccional efectiva en materia de daño a derechos bidimensionales, pero es preciso entender que las intenciones de tal modelización, o la misma propuesta de trabajo no pretenden ir en contra de las construcciones y avances, aunque éstos no llenen las expectativas, que hasta hoy se han ido registrando. En ocasiones, mostrar ópticas alternativas a un problema puede ser una forma de ayudar a solucionarlo, y no una forma de reemplazar una complejidad por otra.

Ya en condiciones de responder concretamente a la segunda pregunta de investigación es que se concluye: los presupuestos más idóneos a tener en cuenta en una regla procesal que dote a las acciones de clase de existencia normativa deberían ser la contemplación minuciosa de los elementos endógenos a la clase por un lado, y los elementos logísticos intrínsecos al proceso por el otro, tal como ya han sido reseñados y con todos aquellos aportes que la buena doctrina pudiera hacer al respecto. Como agregado a ello, vale decir que se estima bastante comprobado, desde el presente trabajo, que las acciones de clase son el instrumento más adecuado para solventar las enormes vicisitudes supraindividuales que acucian permanentemente a las sociedades del presente siglo. A nadie podría ya sorprender el desembarco definitivo del

instrumento colectivo en materia procesal, está en los hechos, y los hechos son sagrados (Scott, 1921).

Como cierre de este iter conclusivo, y ya a título personal, me gustaría exponer algunos desafíos y propuestas que han surgido durante la investigación y elaboración de este trabajo y que, estimo, podrán tener un valor a futuro si la línea evolutiva del Derecho supraindividual como área temática, y su correlativo Derecho procesal colectivo siguen su decurso como lo han venido haciendo en estos últimos años. La idea no es querer imponer modelos y teorías iconoclastas, sino participar y enriquecer un debate que ya está en curso, sólo hay que preocuparse por atenderlo.

Desafíos

Promover el debate acerca de las categorías jurídicas contempladas dentro del marco de los derechos de incidencia colectiva.

Vislumbrar a la bidimensionalidad como una nueva perspectiva filo jurídica, más abarcativa de la realidad circundante.

Alentar las concepciones que orientan al Derecho hacia una pauta de realización eminentemente dinámica (sociologismo jurídico, activismo judicial, entre otros).

Coadyuvar a reconstruir, y reconciliar a la ciencia jurídica con los individuos, con los grupos sociales y con las instituciones democráticas.

Redimensionar cultural y técnicamente el rol de la Constitución Nacional en cuanto a realización de prerrogativas y garantías y a adecuación de políticas estratégicas de Estado a su hermenéutica.

Propiciar los espacios académicos de divulgación y debate científico sobre la dimensión jurídica supraindividual, tanto en lo sustantivo como en lo instrumental.

Alertar a nuestros representantes acerca de los peligros de continuar manteniendo una mora legislativa innecesaria que, además de aletargar una evolución que se presenta inexorable, provoca una inestabilidad jurídica inclusive para aquellos que creen que el litigio colectivo puede resultar una amenaza.

Profundizar acerca de la incorporación taxativa de categorías de derechos supraindividuales en las leyes de fondo, como forma de adecuación orgánica del ordenamiento jurídico, tanto respecto de la Carta Magna como de los tratados internacionales que forman parte de su texto.

Indagar acerca de nuevos dispositivos procedimentales adaptables a la logística de acciones de clase, Vgr.: sistemas probatorios, audiencias, ejecución e implementación de sentencias estructurales.

Revalorizar el rol del Poder Judicial como parte del Estado a través de su participación activa en la corrección de falencias en políticas públicas con el remedio estructural como principal herramienta.

Recuperar la confianza pública en el sistema jurisdiccional a través de decisiones que impliquen cambios de paradigma social.

Propuestas

Darle mayor visibilidad al tema a través de publicaciones, no sólo en el ámbito jurídico, sino a través de intervenciones y acciones positivas en procura de crear conciencia acerca del uso sustentable de los bienes generales, por un lado, así como también de revalorizar el rol de los entes de asociación comunitaria (uniones vecinales, clubes, etc.) como figuras representativas de las problemáticas barriales.

Trabajar fuertemente en materia de relevamiento de *Necesidades Jurídicas Insatisfechas* (Maurino, Nino y Sigal, 2005) en el ámbito ciudadano desde

áreas de ya demostrada eficacia como las de Responsabilidad Social Universitaria, impulsando proyectos en tal sentido.

La creación de una cátedra universitaria específica en materia de derechos supraindividuales y procesos colectivos.

La creación de un ámbito de investigación aplicada dedicada a estas nuevas ramas del Derecho que prohíjen proyectos derivados de muchas de las líneas de trabajo aquí exploradas, con la intención de darle continuidad a las indagaciones ya realizadas.

Articular el intercambio de información sobre la temática de marras, tanto dentro del ámbito nacional como en el plano regional, para diseñar un esquema de estado de cosas en la materia y trabajar, a partir de ese intercambio, con mayor grado de coordinación.

Proponer, desde las áreas de investigación aplicada antes mencionada, la confección de un proyecto de Ley de acciones de clase con algunos de los lineamientos plasmados en el presente trabajo.

Proponer, también, reformas en el ámbito del nuevo código Civil y comercial de la Nación que permitan la incorporación de la doctrina bidimensional de derechos al cuerpo normativo predicho.

Coadyuvar a revitalizar el rol de las asociaciones del tercer sector a partir del diseño de normas y políticas activas que le asignen mayor protagonismo en la interrelación institucional.

Crear foros de capacitación para los operadores jurídicos en general a fin de dotarlos del conocimiento preciso de estas nuevas herramientas.

Pablo Ignacio Tricherri

Bibliografía:

Doctrina:

- Rivera, Julio (h), “La noción de derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores”, J.A. 2008-II 1141.
- Giannini, Leandro J., (2008) “*Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de “derechos de incidencia colectiva” (a propósito del fallo de la CSN in re “Defensor del Pueblo de la Nación”)*”, L.L. 2008-A-97.
- Rosales Cuello, Ramiro - Guiridlian Larosa, Javier D., (2009), “*Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor*”, La Ley 2009-B, 1016.
- Giannini, Leandro J., (2013), “*LA TUTELA COLECTIVA DE DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS EN LA ARGENTINA (Marchas y contramarchas del Proyecto de Código Civil y Comercial)*”, “Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales”, (pp. 253-284), Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, n° 2013-1.
- Sola, Juan Vicente, (12/05/2014) “*Las acciones de clase en el derecho argentino*”, L.L. 1 – L.L. 2014-C, 735.
- Verbic, Francisco, (2014), “*Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina*”, ERREIUS online. Recuperado de URL: <https://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic>
- Prat, A., (2012), “*Daños a los Derechos de Incidencia Colectiva. La poda que hizo el Poder Ejecutivo al Anteproyecto de Reformas y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*”, Dra. Adela Prat – Blog Legal, URL: <http://www.adelaprat.com/2012/12/danos-a-los-derechos-de-incidencia-colectiva-la-poda-que-hace-el-poder-ejecutivo-al-anteproyecto-de-reformas-y-unificacion-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

- Maurino, G., Sigal, M., (2009), "*Halabi*": la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, SJA LexisNexis N° 0003/014394.
- Gil Domínguez, A., "*Afectado, derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos y acción colectiva*", publicado en La Ley, diario del 16/06/2011, p 1. Recuperado de URL: <http://underconstitucional.blogspot.com/2011/06/afectado-derechos-de-incidencia.html>.
- Giannini, L., (2012), "*Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase*", *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Número Extraordinario*, pp. 15-50.
- Martínez Paz, F., (1999), "*Introducción al Derecho*", Pcia de Buenos Aires, República Argentina. Ed. Ábaco.
- Sagüés, Néstor P., (2009), "*La creación judicial del "amparo-acción de clase" como proceso constitucional*", SJA Lexis N° 0003/014385.
- Zemma, M.F., "*Los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos en el marco de las tarifas de los servicios públicos*", recuperado de URL: <http://www.carc.org.ar/articulos/los-derechos-de-incidencia-colectiva-referentes-a-intereses-individuales-homogeneos-en-el-marco-de-las-tarifas-de-los-servicios-publicos/>
- Giannini, L., Salgado, J.M., Verbic, F., (2012), "*Tutela procesal individual y colectiva de los consumidores y usuarios en el Proyecto de reformas al Código Civil*", JA, Dossier especial (Argentina), recuperado de URL: <https://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic>
- Sprovieri, L.E., (2009) "*Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo "Halabi"*", JA-2009-II, recuperado de URL: <http://www.fsdalegal.com.ar/index.php/las-acciones-de-clase-y-el-derecho-de-danos-a-partir-del-fallo-halabi/>
- Vergara, N. D., (2011), "*Legitimación en las acciones colectivas*", Id Infojus: DACF110160.

- Ríos, G., “*Cuantía del reclamo individual y acción de clase. Acerca de la ley 26361 y del fallo “Halabi”*”, recuperado de URL:
<http://www.protectora.org.ar/jurisprudencia/cuantia-del-reclamo-individual-y-accion-de-clase-acerca-de-la-ley-26361-y-del-fallo-halabi-autor-rios-guillermo-c/20702/>
- Ghersi, C. A., (2014) “*Las acciones colectivas y el acceso a la jurisdicción*”, Sup. Const. 2014 (mayo), 25/08/2014, 53. AR/DOC/2622/2014.
- Tale, C., (2012), “*LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS “RELACIONES DE CONSUMO” (con especial consideración del concepto legal de “consumidor” y del resarcimiento de daños por productos defectuosos)*”, Revista del Colegio de Abogados de Río Cuarto, recuperado de URL: <http://www.carc.org.ar/revista/>
- Tale, C., (2013), “*OBSERVACIONES Y PROPUESTAS DE MODIFICACIONES EN EL CAPÍTULO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (Libro II, Título V, capítulo 1) DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*”, recuperado de URL:
http://ccycongres.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/cordoba/pdf/013_CAMILO_TALE.pdf
- Godoy, M.R., (2009), “*LA ACCIÓN DE CLASES. EMANACIÓN PRETORIANA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*”, Revista Electrónica Cartapacio de Derecho, recuperado de URL:
<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1200/1195>
- Galdós, J.M., (2011), “*LA CAUSA “HALABI” DE LA CORTE SUPREMA*”, Revista Electrónica Cartapacio de Derecho, recuperado de URL:
<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/RJC/article/viewFile/1346/1531>
- Gordillo, A., (2014), *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 2*, (10ª ed.), “*La defensa del usuario y el administrado*”, recuperado de URL:
<http://www.gordillo.com/tomo2.html>
- Barletta, A., (2012) “*Daños masivos*”, compendio Jurídico Errepar, Tomo/boletín: 66, pp.27.
- Arias Cáu, E.J., (2013), “*LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR: PASADO, PRESENTE Y FUTURO A LA LUZ DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL 2012*”, MICROJURIS, sección doctrina MJD6329.

- Giannini, L., (2005), “*Tipología de los derechos de incidencia colectiva*”, Libro de ponencias y trabajos seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ed. La Ley, Mendoza 2005, pp. 40-63.
- Verbic, F. (2010), “*Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación*”, L.L. 2010-A, 769, recuperado de URL: <https://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic>
- Stiglitz, Gabriel A., (2014), “*La efectiva implementación del Derecho del Consumidor*”, LA LEY 17/07/2014, 17/07/2014, 5, AR/DOC/2162/2014.
- Salgado, J. M., (2014), “*Una ley de procesos colectivos*”, RCyS2014-V, 227, AR/DOC/638/2014.
- Vanossi, J.R., (2000), “*Teoría Constitucional*”, Tomo I “*Teoría Constituyente*”, (2^{da} Ed.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Depalma.
- Shina, Fernando E., (2014), “*El fallo PADEC y la legitimación activa de las asociaciones para estar en juicios de clase*”, DJ19/02/2014, 9, AR/DOC/4590/2013.
- Diegues, J. A., (2013), “*Daños causados por inundaciones*”, LA LEY 15/04/2013, 15/04/2013, 10, AR/DOC/1435/2013.
- Pravato, Luis E., (2013), “*La prestación de los servicios públicos ante los desastres naturales*”, LA LEY 15/04/2013, 15/04/2013, 5 - LA LEY2013-B, 1086, AR/DOC/1451/2013.
- Pagés Lloveras, Roberto M., (2013), “*La legitimación de las asociaciones en las acciones colectivas referidas a derechos individuales homogéneos*”, LA LEY 29/11/2013, 29/11/2013, 6 - LA LEY2013-F, 360, AR/DOC/3966/2013.
- Gil Domínguez, A., (2013), “*Vigencia del caso "Halabi"*”, LA LEY 24/10/2013, 24/10/2013, 3 - LA LEY2013-E, 589 - LA LEY24/10/2013, 3, AR/DOC/3809/2013.
- Heredia, J.R., (2007), “*La constitución como fuente de la pretensión de la reparación de daños. Algunos supuestos especiales*”. Kemelmajer de Carlucci, A. (Ed.), “*Responsabilidad civil*”, Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.

- Pizarro, R.D., Vallespinos, C.G., (1999), *“Instituciones de derecho privado: Obligaciones”*, Tomos 1 a 3, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Hammurabi.
- Mosset Iturraspe, J., Piedecabras, M.A., (2005), *“Código Civil comentado”*, *“Responsabilidad civil”*, (1° Ed.), Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Bauman, Z., (2007), *“Miedo Líquido. La sociedad contemporánea y sus temores”*, Barcelona, España. Ed. Paidós.
- Maurino, G., Nino, E., Sigal, M., (2005), *“Las acciones colectivas”*, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. LexisNexis.
- Lorenzetti, Ricardo L., (2010), *“Justicia colectiva”*, (1° Ed.), Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A., (2007), *“Responsabilidad Civil”*, (1° Ed.), Santa Fe, Rep. Argentina. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Balbín, C., (2001), *“Sobre la legitimación en el proceso de amparo”*, LA LEY 2001-B-1172.
- Jeanneret de Pérez Cortés, M., (2003), *“La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones”*, LA LEY – 2003 – B - 1337, pp.2.
- Buteler Cáceres, J.A., (2000), *“Manual de Derecho Civil, Parte General”*, Pcia. de Córdoba, Rep. Argentina. Ed. Mediterránea.
- Bujosa Vadell, L., (1997), *“sobre el concepto de intereses de grupos difusos y colectivos”*, La Ley – 1997 – E – 1142.
- Yuni, J.A., Urbano, C.A., (2006), *“Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación”*, Vol. 1 y 2, (2^{da} Ed.). Córdoba, Pcia de Cba, Rep. Argentina. Ed. Brujas.
- ❖ Carrillo, S.R., (2011), *“Los procesos colectivos ante una futura regulación procesal”*, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública N° 394, Jornadas Ítalo-Latinoamericanas/Argentinas. Celebración: 1, 2 y 3 de septiembre de 2010 en la Provincia de San Luis, Potrero de los Funes, Id Infojus: DACF140352. Provincia de Buenos Aires, Rep. Argentina, Ed. RAP.

- ❖ Perman, G.A., (2013), “Amparo, proceso urgente”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap- N° 416, Id Infojus: DACF150613. Provincia de Buenos Aires, Rep. Argentina, Ed. RAP.
- ❖ Giannini, L.J., (2007), “La Tutela Colectiva de derechos individuales homogéneos”. Ciudad de La Plata, Prov. de Bs. As., Rep. Argentina, Ed. Librería Editora Platense.
- ❖ Álvarez, A., (2009), “Repensando la incorporación de los daños punitivos”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperado de URL: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos>
- ❖ VERBIC, F., (2013), “*Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina. Relatório Nacional (Argentina)*”, Civil Procedure Review, Vol.4, Special Edition, pp. 310-371.
- ❖ González Saborido, J.B., (2015), “*La garantía constitucional de la movilidad de las jubilaciones y pensiones. Un contrapunto entre los poderes legislativo y ejecutivo con el poder judicial.*”, Id Infojus: DACF150780, Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, URL: <Http://www.infojus.gov.ar>
- ❖ Carrió, G. R., (1995), “*Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*”, Ciudad Autónoma de Bs. As., Rep. Argentina. Ed. Abeledo – Perrot.
- ❖ Arias Cáu, E.J., Garzino, M.C., (2014), “*Una nueva polémica sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores: el daño punitivo y el “caso Proconsumer”*”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (DC, C y E), LL año V, N° 3, Junio, pp.136-152.
- ❖ Picasso, S., (2007), “*Sobre los denominados daños punitivos*”, LL 2007-F-1154.
- ❖ Pizarro, D. R., (1993), “*Daños punitivos*”, Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas, Buenos Aires. Ed. La Rocca.
- ❖ Álvarez Larrondo, F., (2008), “*Una marca que genera confusión, un nuevo marco legal y una sanción que no es tal*”, LL del 25/3/2008 – 5.
- ❖ Trigo Represas, F. A., López Mesa, M., (2004), “*Tratado de la Responsabilidad Civil*”, Tomo I, (1ª ed.), Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. La Ley.
- ❖ Kemelmajer de Carlucci, A., (1993), “*¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?*”, Anales de la Academia Nacional de Derecho, N° 31, pág. 71.

- ❖ Gil Domínguez, A., (2013), “*Vigencia del caso Halabi*”, LA LEY 24/10/2013, 24/10/2013, 3 - LA LEY2013-E, 589 - LA LEY24/10/2013, 3, AR/DOC/3809/2013.
- ❖ Real Academia Española, (2014), *Diccionario de la lengua española*, (23ª Ed.). Madrid, Reino de España. Ed. Espasa. [Versión Electrónica] URL: <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>
- ❖ Couture, E.J., (1958), “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”, (3ª Ed. Póstuma), Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Roque Depalma.
- ❖ Sánchez Cordero, J.A., (2014), “*Principios del derecho de los procesos colectivos (Principles of the Law of Aggregate Litigation)*”, Verbic, F., (Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México, The American Law Institute, Centro Mexicano de Derecho Uniforme. D.F., Estados Unidos de México, Ed. U.N.A.M.
- ❖ Ferreyra de la Rúa, A., Opl, C., (2003), “*Teoría General del Proceso*”, Tomos 1 y 2, Pcia. de Córdoba, Rep. Argentina. Ed. Advocatus.
- ❖ Chiovenda, G., (1949), “*Ensayos de Derecho Procesal Civil*”, Vol. III, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América; Ed. Bosch y Cía.
- ❖ Carnelutti, F., (1944), “*Sistema de Derecho Procesal Civil*”, Tomo I, Buenos Aires, Rep. Argentina. Ed. Uteha.
- ❖ Watson, D.G.Q.C., (2003), “*Las acciones colectivas en Canadá*”. Gidi, A., Mac-Gregor, E. (Coord.), “*PROCESOS COLECTIVOS. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*”. Ciudad de México, Estados Unidos de México. Ed. Porrúa.
- ❖ Gargarella, R., (2014), “Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volumen 15, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella.
- ❖ Seuba Torreblanca, J.C., (2012), “*Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario*” [Versión electrónica], InDret Revista para el análisis del Derecho, N°2.02. Ciudad de Barcelona, Reino de España.
- ❖ Andreu, F. (2014), Capítulo II – Derechos Civiles y Políticos, Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Steiner, C., Uribe, P., “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, (pp. 99-111), Estado Plurinacional de Bolivia: Ed. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

- ❖ Ferreres Comella, A., López de Argumedo Piñeiro, A., (2012), “*Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de conflictos*” [Versión electrónica], Revista de Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Especial reformas estructurales. Ciudad de Barcelona, Reino de España.
- ❖ Capaccio, J., Verbic, F., (2014), “*La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires innova con la creación y reglamentación de un Registro de Procesos de Incidencia Colectiva*”, *LLBA 2014 (febrero), 1*; *AR/DOC/3759/2013*.
- ❖ Kalafatich, C., Verbic, F., (2015), “La notificación adecuada en los procesos colectivos”, Ponencia premiada en el “I CONGRESO SUDAMERICANO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR”, celebrado en la ciudad de Santa Fe del 2 al 4 de Septiembre de 2015, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 274, Sept/Oct 2015, pp. 1390-1395.
- ❖ Verbic, F., (2009), “*La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361*”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2009-I (tutelas diferenciadas II).
- ❖ Gidi, A., (2004), “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*”. Distrito federal, Estados Unidos de México. Ed. De la Universidad Autónoma de México.
- ❖ Kemelmajer de Carlucci, A., (2001), “Los dilemas de la Responsabilidad Civil”. Revista chilena de Derecho, Vol. 28, N° 4, pp.671-679. Sección Estudios.
- ❖ Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., (2015). “Código Civil y comercial de la Nación Comentado”. Tomo I, “Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400”. Tomo II, “Libro segundo. Artículos 401 a 723”. Sistema Argentino de Información Jurídica INFOJUS (Ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rep. Argentina. Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Jurisprudencia:

- C.S.J.N., “*Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25873 dto. 1563/04*”, Fallos 332:111 (24/02/2009).
- C.S.J.N., “*Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. –dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986*”, Fallos: 330:2800, (26/06/2007).
- C.S.J.N., “*Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*”, Id Infojus: FA00000121, (2000).
- C.S.J.N., “*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios*”, Id Infojus: FA14000161, (2014).
- C.S.J.N., “*Mignone, Emilio Fermín s/ amparo*”, Id Infojus: FA02000004, (09/04/2002).
- C.S.J.N., “*Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo*”, Id Infojus: FA14000143, (23/09/2014).
- C.S.J.N., “*Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho*”, Id Infojus: FA92000322, (1992).
- C.S.J.N., “*Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*”, Id Infojus: FA04000197, (2004).
- C.S.J.N., “*Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios*”, Id Infojus: FA07000250, (2007).
- Cam. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala I, “*Centro de Educación al Consumidor c/ COBER MED S.A. y otro s/sumarísimo*”, ED 209-266, (2004).
- Cam. Nac. de Apel. en lo C. y Com., Sala I, Cap. Fed., C.A.B.A., “*UNIÓN DE USUARIOS Y CONSUMIDORES c/ EDESUR SA. s/ DAÑOS YPERJUICIOS*”, Id Infojus: FA04030009, (17/06/2004).
- C.S.J.N., “*PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*”, Id Infojus: FA13000127, (2013).

- Cam. de Apel. en lo C. y Com., Ciudad de Mar del Plata, Bs. As., “Amaya, María Antonia c/ BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ daños y perjuicios por incumplimiento contractual”, Id Infojus: FA13010238, (3/12/2013).
- C.S.J.N., “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”, JA 2006-III-294, (20/06/2006).
- Cam. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Edesur S.A.”, JA 2000-II-235, (16/3/2000).
- Cam. Nac. De Apel. en lo Com., Sala F, “Adecua c/ HSBC Bank Argentina S.A. y otro | ordinario”, MJ-JU-M-67560-AR | MJJ67560, (24/06/2011).
- C.S.J.N., “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin fines de lucro -Filial Córdoba- v. Estado Nacional”, Id Infojus: FA06000388, (31/10/2006).
- Cam. Nac. de Apel. en lo C., Sala D, CAP. FED., CABA, “TONON, Edgardo Darío c/ ASOCIACIÓN DEL FÚTBOL ARGENTINO (AFA) y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, Id Infojus: FA07020157, (23/08/2007).
- Cam. Fed. De Apel., Salta, Salta, “Ulloa, Álvaro (Defensor del Pueblo) y otros c/ Estado Nacional - P.E.N. - Ente Nacional Regulador del Gas”, Id Infojus: FA10980044, (5/05/2010).
- Cam. Civ. Y Com. Azul, Sala 2^{da}, “Municipalidad de Tandil c/ Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro s/ Daños y perjuicios”, JA 1997-III-224, (22/10/1996).
- C.S.J.N., “Zathloukal, Jorge c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía y Producción) s/ Amparo”, Fallos 331:1364, (2008).
- Cam. Nac. de Apel. en lo Com., Sala B, Cap. Fed., C.A.B.A., “Damnificados Financieros Asociación Civil por su defensa c/ Citibank NA s/ordinario”, Id Infojus: FA09989359, (21/10/2009).
- Cam. Nac. de Apel. en lo Com., Sala B, Cap. Fed., C.A.B.A., “Damnificados Financieros Asociación Civil por su defensa c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.”, Id Infojus: FA09970133, (03/09/2009).

- C.S.J.N., “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro- c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, Id Infojus: FA02000003, (05/03/2002).
- C.S.J.N., “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, Id Infojus: FA97000121, (22/04/1997).
- Cám. Nac. de Apel en lo Cont. Admin. Fed., Sala IV, C.A.B.A., “Viceconte, Mariela C. c/ E.N. -M° de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, Id Infojus: FA98100361, (02/06/1998).
- Cám. Nac. de Apel. en lo Cont. Admin. Fed., Sala 01, C.A.B.A., "Verbrughe María Inés -Inc.Med. c/ E.N. -M° de Economía- Sec. De Transportes y otro s/ amparo ley 16.986", Id Infojus: FA03100096, (26/08/2003).
- C.S.J.N., “Frías Molina, Nélide Nieves c/ INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad”, Id Infojus: FA96000390, (12/09/1996).
- C.S.J.N., “Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo - ley 16.986”, F.496.XXXIII.; T. 322 P. 3008, (07/12/1999).
- C.S.J.N., “Luis Federico SANTA COLOMA y otros c/ E.F.A. s/ RECURSO EXTRAORDINARIO”, Id Infojus: FA86000420, (05/08/1986).
- C.S.J.N., “Fernando Raúl GUNTHER c/ ESTADO NACIONAL (EJERCITO ARGENTINO) s/ RECURSO EXTRAORDINARIO”, Id Infojus: FA86000415, (05/08/1986).
- Cam. Nac. Com., Sala D, C.A.B.A., “Asociación Protección Mercado del Sur – Proconsumer - c. Garbarino S.A.I.C. s/ordinario”, La Ley Online AR/JUR783623/2013, (08/11/2013).
- C.S.J.N., “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”, Id Infojus: FA07000202, (26/11/2007).
- C.S.J.N., “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, Id Infojus: FA15000001, (10/02/2015).

- Cám de Apel. Cont. Admin. Trib. de la C.A.B.A., Sala 01, Ciudad Autónoma de Bs. As., “Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, Id Infojus: FA01370357, (01/06/2001).
- C.S.J.N., “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, Id Infojus: FA57000001, (27/12/1957).
- C.S.J.N., “KOT, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares (5-958)”, Id Infojus: FA58003244, (05/09/1958).
- C.S.J.N., “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ amparo”, Id Infojus: FA09000088, (30/12/2009).

Legislación:

- ⇒ Constitución de la Nación Argentina.
- ⇒ Ley N° 16.986, Acción de amparo, (20/10/1966).
- ⇒ Código Civil, Ley N° 340, *De sanción del Código civil*, 29/09/1869.
- ⇒ Ley N° 22.431, “Sistema de Protección Integral de los Discapacitados”, (16/03/1981), Modif. Por Ley N° 24.314, “Accesibilidad de personas con movilidad reducida. Modificación de la ley N° 22.431”, (08/04/1994).
- ⇒ Código Aeronáutico, Ley N° 17.285, (17/05/1967).
- ⇒ Ley N° 24.240, Defensa del Consumidor, (22/09/1993).
- ⇒ Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente, (27/11/2002).
- ⇒ Ley N° 24.557, Riesgos del Trabajo, (03/10/1995).
- ⇒ Ley N° 23.551, De Asociaciones Sindicales, (23/05/1988).
- ⇒ Ley N° 24.241, Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, (23/09/1993).
- ⇒ Ley N° 24.192, Régimen Penal y Contravencional para la Prevención y Represión de la Violencia en Espectáculos Deportivos, (23/03/1993).
- ⇒ Ley N° 20.655, Promoción de las actividades deportivas en todo el país, (21/03/1974).
- ⇒ Ley N° 23.592, actos discriminatorios, (23/08/1988).
- ⇒ Ley N° 23.798, Declárase de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, (14/09/1990).
- ⇒ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454.
- ⇒ Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 14.192, modificatoria de la ley reglamentaria de la acción de amparo N° 13.928, (04/11/2010).
- ⇒ Constitución de la Provincia de Córdoba.
- ⇒ Ley de la Provincia de Córdoba N° 4195, reglamentaria de la acción de amparo, (20/01/1967).

- ⇒ Ley de la Provincia de Córdoba N° 8835, Carta del ciudadano, (28/03/2000).
- ⇒ Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley N° 8465.
- ⇒ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 19 de Diciembre de 1966, ratificado por Ley N° 23.313, (06/05/1986).
- ⇒ Ley N° 25.873, “Modificase la Ley N° 19.798, en relación con la responsabilidad de los prestadores respecto de la captación y derivación de comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial o Ministerio Público”, (06/02/2004).
- ⇒ Decreto Nacional N° 1563/04, “Decreto Reglamentario de la Ley de Regulación del Servicio de Telecomunicaciones”, (09/11/2004).
- ⇒ Ley N° 23.187 “Requisitos para el ejercicio de la profesión de abogado en la Capital Federal, Jerarquía, deberes y derechos, Matrícula. Colegiación.”, (25/06/1985).
- ⇒ Ley N° 26.994, “De Aprobación del Código civil y comercial de la República Argentina”, (07/10/2014), (Modif. Por Ley N° 27.077, 18/12/2014).
- ⇒ Ley N° 23.798, “Declárase de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida”, (14/09/1990).
- ⇒ Ley N° 26.944, de “Responsabilidad Estatal”, (07/08/2014).
- ⇒ Ley N° 26.417, “Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público. Ley N° 24.241 modificación”, (15/10/2008).
- ⇒ Ley N° 1903/05, “Ley Orgánica del Ministerio Público”, C.A.B.A., (06/12/2005).
- ⇒ Ley N° 350/00, “Destino de un Sector de Predio - ESCUELA 19 DE 20 ROMA – Construcción de Escuela Secundaria - Calle Cosquín 3100”, CABA, (02/03/2000).
- ⇒ Decreto-Ley N° 16.986, “Ley de Acción de Amparo”, (20/10/1966); Art. 321, inc. 2° Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación.
- ⇒ Ley N° 26.993, “SISTEMA DE RESOLUCION DE CONFLICTOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO”, (18/09/2014).

Derecho Comparado:

- ✓ Mercado Común Del Sur, Tratado de Asunción (26/03/1991), ratif. Por Ley N° 23.981, (04/09/1991).
- ✓ Tratado de la Unión Europea, Maastricht, Países Bajos, (07/02/1992).
- ✓ Lei N° 4.717/65, Regula a Ação Popular, (29/06/1965).
- ✓ Lei N° 7347/85, Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências, (24/07/1985).
- ✓ Ley N° 8.078 (1990), Código de defensa del consumidor del Brasil.
- ✓ Constitución Política de la República de Colombia, (06/07/1991).
- ✓ Ley de la República de Colombia N° 472, (06/08/1999).
- ✓ Cód. Mod. De Procesos Colectivos para Iberoamérica, (28/10/2004).
- ✓ U.S. Federal Rules of Procedure (1938), Title IV. Parties-Rule 23. Class Actions.
- ✓ Ley de Procedimientos de Grupo (2003), Suecia. Group Proceedings Act, SFS 2002:599, (01/01/2003).
- ✓ Ley de Procedimiento Civil de la República Popular China de 1991.
- ✓ Constitución de 1978 para el Reino de España.
- ✓ Ley Española de Enjuiciamiento Civil 1/2000, (07/01/2000).
- ✓ Legislación de la República Francesa: Código del medioambiente Ley N° 2002-276 (28/02/2002); Código del Trabajo Ley N° 2007-205 (30/08/2007); Código del Consumidor Ley N° 93-949 (26/07/1993); Código de Salud Pública Ley N° 2002-303 (04/03/2002).
- ✓ Ley de Acción popular N° 83/95 (31/08/1995).
- ✓ Código de Procedimiento Civil para la Federación Rusa, N° 138, (14/11/2002).
- ✓ Constitución de la República Portuguesa, (02/04/1976).
- ✓ Constitución de la República de Sudáfrica, (04/02/1997).

- ✓ Ley N° 4822 de la República de Turquía, “Protección de los Consumidores”, (2003).
- ✓ Ley N° 5846 de la República de Turquía, “Obras intelectuales y Artísticas”, (1951), Decreto N° 551/95 sobre “Protección de derechos de Patente”, (1995).
- ✓ Ley N° 4857 de la Rep. De Turquía, “Código del Trabajo”, (22/05/2003); Leyes N° 2821 y 2822, de “Asociaciones Sindicales”, (1983).
- ✓ Ley de la Rep. Helénica N° 2000/91, (1991); Ley de la Rep. Helénica N°2251/94, (1994).

FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista	<i>Tricherri, Pablo Ignacio</i>
DNI	<i>23.991.807</i>
Título y subtítulo	<i>El daño a los derechos individuales homogéneos. Su incidencia colectiva y tutela jurisdiccional efectiva.</i>
Correo electrónico	<i>ptricherri@gmail.com</i>
Unidad Académica	<i>Universidad Siglo 21</i>
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis (Marcar SI/NO) ¹	<i>SI</i>
Publicación parcial (Informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

¹ Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.