

REVISTA DE
**INTERÉS
PÚBLICO**

Directora:
DRA. M. CARLOTA UCÍN

Año 5/ N° 6
ISSN 2545-8604

EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata

Editor: Adolfo **Brook**

Directora: María Carlota **Ucín**

Consejo Asesor:

ATIENZA, Manuel, Universidad de Alicante, España

BERGALLO, Paola, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

BERIZONCE, Roberto, Prof. Emérito, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

BRINKS, Daniel, University of Texas at Austin, USA

GARGARELLA, Roberto, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

GROSMAN, Lucas, Universidad de San Andrés, Argentina

MAURINO, Gustavo, Universidad de Palermo, Argentina

PAUTASSI, Laura, CONICET, Universidad de Buenos Aires, Argentina

PUGA, Mariela, Universidad Nacional de Córdoba y Entre Ríos, Argentina

SABA, Roberto, Universidad de Palermo, Argentina

SANTIAGO, Alfonso, Universidad Austral, Argentina

SOZZO, Gonzalo, Universidad Nacional del Litoral, Argentina

TARUFFO, Michele, Universidad de Girona, España †

Secretaría de Redacción:

CORIA HOFFMANN, Irina

REDONDO, Vanina Itatí

Diseño gráfico:

PONTI, Marcelo J.

Periodicidad anual Año 5, N°6

ISSN 2545-8604

Revista electrónica dependiente de la Secretaría de Extensión Universitaria, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, calle 48 N° 582 entre 6 y 7.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	4
EXPERIENCIAS DE LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO	
-La Clínica que protege el Ambiente. Causa: Laguna “Las Perdices” Parte 1. <i>Gabriela M. Cosentino y Alexis M. Palacios.</i>	9
ARTÍCULOS	
-Michele Taruffo y los procesos colectivos en América Latina <i>Augusto Tanger Jardim y Handel Martins Dias</i>	29
-Justicia multipuertas y tutela constitucional adecuada: autocomposición en los derechos colectivos. <i>Hermes Zaneti Jr.</i>	45
-Oralidad en los procesos colectivos. Propuestas para su implementación <i>Guillermo M. Aban Burgos</i>	69
-Capacidad jurídica de las personas con discapacidad. <i>José María Martocci e Ignacio Oscar Zelasqui.</i>	83
APÉNDICE MULTIMEDIA	
-La perspectiva de género como asunto de interés público <i>Silvia Noemí Escalante.</i>	103
-El nuevo fallo Verbitsky: su importancia para el Litigio de Interés Público. <i>Secretaría de Redacción ReDIP.</i>	109

PRESENTACIÓN

Otra vez, cuando los jacarandás comienzan a insinuar sus flores en la ciudad de La Plata, la ReDIP cierra su trabajo anual y lo comparte con la comunidad de lectores. La revista fue concebida como un foro de opinión pública, en el que distintos diálogos se abren para que lectoras y lectores lo puedan continuar en nuevas contribuciones — que recibiremos con gusto— o en otros espacios que esperamos abrir en el futuro. Este número cuenta con tres secciones: la de las Experiencias de litigio de Interés Público, la de los Artículos, y el Apéndice Multimedia. La conexión entre las contribuciones se establece a través del hilo conductor provisto por el enfoque del Interés Público.

Además, este año hemos decidido instituir un concurso en homenaje a Michele Taruffo, fallecido el año pasado y quien fuera integrante del Consejo Asesor. En lo personal, mi experiencia con Michele Taruffo fue, como la de muchos colegas, la de haber descubierto —a la par de un académico de nota— un ser generoso que no dudaba en ayudar a quienes nos iniciábamos en el estudio del Derecho Procesal, dispensándonos un trato sinceramente amistoso. En este homenaje no se agota mi reconocimiento y gratitud por el apoyo personal y el respaldo a la ReDIP, pero al menos lo interpreto como una flor simbólica colocada con afecto al lado de su nombre.

El tema elegido para este concurso fue: Los aportes de Michele Taruffo al estudio de los procesos colectivos. El jurado fue integrado por prestigiosos juristas y estudiosos de la obra de Michele Taruffo. Respondieron con generosidad a nuestra convocatoria: Mónica Bustamante Rúa, Maximiliano Aramburo Calle y Daniel Mitidiero. Como resultado de su evaluación, el ganador del concurso fue el trabajo de Augusto Tanger Jardim y Handel Martins Dias, titulado: Michele Taruffo y los procesos colectivos en América Latina que se puede leer en la sección de los artículos. Agradecemos especialmente a los participantes y al jurado por haber hecho posible este homenaje al apreciado maestro. En particular a los autores del trabajo ganador por el esmerado trabajo que expone, con claridad y método, la influencia de Michele Taruffo en el desarrollo de los procesos colectivos en América Latina, permitiéndonos así concretar un recordatorio a la altura de su legado.

En la primera sección de la revista, dedicada a las experiencias de Litigio de Interés Público, se halla la colaboración de la Clínica que protege el ambiente en el seno de la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS de esta Universidad. Sus autores, Gabriela Cosentino y Alexis Palacios, exponen —desde adentro— el trabajo de las Clínicas Jurídicas. En particular, nos ilustran el método empleado para la construcción de un caso judicial y su estrategia procesal. El caso expuesto es el de la contaminación de la laguna Las Perdices, ubicada en San Miguel del Monte, en la Provincia de Buenos Aires. Con una activa participación —guiada por el compromiso con la cuestión ambiental— los integrantes de la Clínica descubrieron, con ayuda de los vecinos y la serendipia (tal como ellos mismos lo dicen) que los desechos cloacales de San Miguel del Monte eran vertidos en dicha laguna sin ningún tipo de procesamiento. El valor de la contribución no se agota en la exposición de cómo han planteado el caso y su decisión judicial, sino que también reside en la mirada crítica expuesta en sus conclusiones.

En la segunda sección se ubica en primer lugar el trabajo de Augusto Tanger Jardim y Handel Martins Dias, ganador del concurso ya referido. También se ubican en esta sección los aportes de Hermes Zaneti (Jr.), Guillermo Aban Burgos y José María Martocci junto a Ignacio Oscar Zelasqui. El trabajo de los primeros, titulado Michele Taruffo y los procesos colectivos en América Latina plantea el interrogante de si hubo un legado de Michele Taruffo para América Latina en la materia. Proceden los autores a una rigurosa y exhaustiva revisión bibliográfica y verifican los diversos niveles en los cuales se ha podido verificar el influjo del autor en la materia. En particular, destacan el acercamiento al derecho angloamericano favorecido por la obra del autor, su crítica y las necesidades de adecuar la tutela colectiva a la protección de los derechos colectivos en un sentido amplio y acorde a las necesidades contemporáneas, asumiendo la importancia de los conflictos transnacionales.

En su trabajo titulado: Justicia multipuertas y tutela constitucional adecuada: autocomposición en los derechos colectivos, Zaneti expone que en el Derecho brasileño no es posible la renuncia al derecho en el que se funda la acción colectiva ya que el mismo no es de titularidad del legitimado extraordinario, sino del grupo como entidad independiente. Pero ilustra que pese a ello, el espacio de negociación posible resulta aun suficiente para habilitar la autocomposición en estos conflictos. Es así que señala que esta práctica se ha vuelto cada vez más frecuente en su país, lo que ilustra en diversos supuestos de regulación específica. Señala también Zaneti el rol trascendente del juez para el control sobre el mérito del acuerdo y la legitimación adecuada.

Luego, en el mismo terreno de la tutela colectiva de los derechos, Aban Burgos señala la importancia de la oralidad en este tipo de procesos. Así, en su trabajo titulado: Oralidad en los procesos colectivos. Propuestas para su implementación, postula la necesidad de instrumentar un proceso oral para estos casos, en particular, para aquellos que estén orientados por el Interés Público. Pasa revista en su contribución a distintos proyectos de regulación de los procesos colectivos, comenzando por el influyente Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Señala además Aban Burgos, que ante la falta de regulación específica, las normas del Código Procesal vigentes podrían dar fundamento para el ejercicio de potestades instructorias y saneadoras por parte de los jueces.

Martocci y Zelasqui reflexionan —en su trabajo titulado: Capacidad jurídica de las personas con discapacidad— sobre el radical cambio de paradigma operado en materia de tutela judicial y sustantiva de las personas con discapacidad. Muestran, no obstante, la importancia de continuar adecuando las prácticas judiciales a este nuevo enfoque que resguarda la dignidad de este colectivo de personas. Afirmen los autores que “el proceso debe ser un lugar de comprensión de la singularidad para asegurar a la persona con discapacidad la titularidad de sus derechos” y que debe promover la construcción de identidades afirmativas que potencien habilidades, intereses y deseos, en función de las circunstancias particulares de las personas con discapacidad.

En la sección tercera, correspondiente al Apéndice Multimedia contamos con la contribución enviada por Silvia Escalante para la subsección: Materiales para el Litigio de Interés Público. En su contribución, titulada La perspectiva de género como asunto de interés público, la autora propone el análisis de un caso jurisprudencial. En el

mismo se reconoció el carácter de veterana de la guerra de Malvinas —con el reconocimiento de los beneficios correspondientes— a la actora, quien se había desempeñado como personal de enfermería de la Fuerza Aérea de la República Argentina en ocasión de dicho conflicto bélico. En particular, entiende la autora que el enfoque de género persigue cambios tendientes a restablecer la vigencia de los derechos constitucionales y convencionales de las mujeres, garantizando la igualdad de trato, lo que resulta afín a la óptica provista por el Interés Público. Además, el equipo editorial de la Revista ha trabajado en el desarrollo de una síntesis multimedia del caso *Verbitsky II*, decidido en este año por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y vinculado con el estado de las cárceles en la Provincia de Buenos Aires.

Como sucede cada vez que se concluye una empresa intelectual de este tenor, se ha dado el primer paso para la construcción del deseado espacio de encuentro y reflexión, ahora les invitamos a continuar en él a partir de la lectura del número y la interacción con su contenido. Por último, y antes de concluir, queremos agradecer, como cada año, a la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS, en la persona de su Secretario Adolfo Brook, por darnos el espacio para desarrollar esta idea. Apreciamos especialmente la labor concreta de todo el equipo de la Secretaría y en particular de Marcelo Ponti, a cargo de la edición gráfica de la revista. Personalmente, quiero agradecer el trabajo comprometido y profesional de Irina Coria Hoffmann y Vanina I. Redondo, miembros de la Secretaría de Redacción y pilares fundamentales de la ReDIP. Por último, y no menos importante, agradecemos a cada autor/a que nos ha confiado su trabajo para ser parte de la Revista y a los evaluadores, quienes con su labor silenciosa nos ayudan a lograr la mejor calidad académica.

La Plata, noviembre de 2021
María Carlota Ucín
Directora

Experiencias de litigio de Interés Público

La Clínica que protege el Ambiente. Causa: Laguna “Las Perdices” Parte 1

The Clinic that protects the Environment.

Cause: Lagoon "Las Perdices" Part 1

Gabriela M. Cosentino¹

Alexis M. Palacios²

Resumen: En este artículo abordaremos la misión, visión, objetivos y dinámica de acción de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata³. Para ello, partiremos de la reconstrucción de una experiencia real y concreta en la que sus integrantes hemos tenido intervención.

A la par, profundizaremos en el estudio de una de las causas judiciales iniciadas por la Clínica Jurídica Ambiental, ciñéndonos sólo al análisis de una parte del proceso, hasta arribar al dictado de la sentencia. Describiremos sintéticamente los mecanismos utilizados para la elección de un caso, la manera en que se plantea la arquitectura de la demanda y algunas de las pautas adoptadas para la selección de la prueba.

Palabras clave: Clínicas Jurídicas; Ambiente; Litigio Estratégico Ambiental; Proceso Colectivo

Abstract: In this article we will address the mission, vision, objectives and the actions carried out by the Environmental Legal Clinic of the Faculty of Legal and Social Sciences' at National University of La Plata. To do this, we will start from the reconstruction of a real and concrete experience in which its members have had intervention.

At the same time, we will delve into the study of one of the legal cases initiated by the Environmental Legal Clinic, limiting ourselves only to the analysis of a part of the process, until we arrive at the issuance of the sentence. We will synthetically describe the mechanisms used to select a case, the way in which the architecture of the demand is proposed, and some of the guidelines adopted for the selection of the evidence.

Keywords: Legal Clinics; Environment; Strategic Environmental Litigation; Collective Process

¹ Coordinadora, desde el año 2008, de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Correo electrónico: gabimc3@gmail.com

² Abogado de Apoyo, desde el año 2013, de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Actual referente de la causa laguna “Las Perdices”. Correo electrónico: alexis-palacios@hotmail.com

³ Para contactarse con la Clínica: clinicajuridicaambiental@gmail.com

1. Introducción. Génesis y dinámica de acción de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental

La Clínica Jurídica de Derecho Ambiental forma parte del Programa de “Clínicas Jurídicas” de la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJyS-UNLP; siendo la extensión uno de los pilares básicos de la educación superior, y un postulado de la reforma universitaria incluido en el Estatuto de la UNLP. El Programa fue incorporado como nueva área de la citada secretaría, en el año 2007⁴, y aprobada su implementación en el año 2008⁵.

Uno de los fines centrales de la Extensión en la UNLP es hacer real la función social de la universidad. En nuestra experiencia en la Clínica Jurídica Ambiental, ello se alcanza a través de la construcción colectiva del conocimiento, en la acción diaria, donde se busca y se pretende generar diálogos genuinos con el mundo extrauniversitario, en comunidad. Labor a partir de la cual se entablan las relaciones y se crean los vínculos, que nos permiten articular los conocimientos académicos (saberes de la universidad, en nuestro caso jurídicos), con los no académicos (de aquellos que habitan el territorio y conocen de cerca los conflictos ambientales que allí se suscitan).

Al respecto, hacemos propio el concepto de ‘ecología de saberes’ del autor Boaventura de Sousa Santos (2006, p.26), quien hace referencia a “(...) una ecología más amplia de saberes, donde el saber científico pueda dialogar con el saber laico, con el saber popular, con el saber de los indígenas, con el saber de las poblaciones urbanas marginales, con el saber campesino (...)”, rompiendo con la idea de monocultura, según la cual la ciencia es la única, no hay otros saberes; considerando, como lo afirma Edwards (1995, p.147.) que “la forma es contenido”.

Se parte de un enfoque de Extensión Crítica, vinculada a las concepciones de educación popular e investigación, acción y participación; concebida como un proceso crítico y dialógico que se propone trascender la formación exclusivamente técnica que genera la universidad “fábrica de profesionales” (Carlevaro, 2010) y alcanzar instancias de formación integral que generen universitarios solidarios y comprometidos con los procesos de transformación de las sociedades, contribuyendo en la organización y autonomía de los sectores populares, procurando aportar en el fortalecimiento de su poder (Tommasino y Cano, 2016).

En virtud de lo expuesto, una de las particularidades del programa “Clínicas Jurídicas” es la de constituir un espacio de formación jurídica en acción, donde estudiantes y noveles graduados, de la carrera de Abogacía, intervienen en problemáticas de la vida real; en nuestro caso, conflictos donde esté afectado el ambiente, como bien colectivo.

La convocatoria para formar parte de la Clínica Ambiental, es realizada año a año por la Secretaría de Extensión de la Facultad, conformándose con cada llamado un nuevo grupo de trabajo, a la par que los equipos de años anteriores continúan trabajando en paralelo con las temáticas elegidas. En cuanto a la dinámica de trabajo, cada equipo, a través de una búsqueda personal y colectiva, acerca al espacio distintas problemáticas en relación al ambiente, a partir de las cuales se elige y diseña de manera conjunta el abordaje jurídico para ese conflicto.

⁴ Por resolución N° 234/07 del Honorable Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

⁵ Por resolución 398/08 del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Las actividades dentro de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental son variadas y han mutado a lo largo de los años, al igual que su conformación. Encontramos, por un lado, entre los integrantes, el rol de Abogados de Apoyo, designados en los equipos de trabajo, para actuar como referentes de las causas y responsables de la estrategia jurídica y avance del litigio. Por otro lado, algunos integrantes son los encargados de promover nuevos proyectos e intervenciones en problemáticas resonantes, que despierten interés en el seno de la Clínica. A la par se propicia que cada nuevo equipo de trabajo adquiera su propia identidad, y cuente con la colaboración de alguno de los integrantes con mayor trayectoria, coadyuvando en la gestión de la causa elegida y en la organización. Semanalmente se llevan adelante los encuentros de los diferentes equipos de trabajo donde se realiza una puesta en común del estado de situación de cada una de las tareas en ejecución.

Sumado a lo expuesto, integran la Clínica una Coordinadora y un Director⁶ con vasta trayectoria en Derecho Ambiental, que forman parte de ella desde su creación y trabajan en simultáneo con cada uno de los equipos. Las temáticas desarrolladas y metodologías para tratarlas son diversas: causas judiciales, elaboración de dictámenes, y abordaje de otros temas jurídicos-ambientales reales, siendo el objetivo alcanzar respuesta jurídica útil para el ambiente y la comunidad que lo integra. Es dable aclarar, que una vez seleccionado el caso y diseñada la estrategia de trabajo, de acuerdo a la reglamentación, se eleva para su tratamiento y aprobación al Honorable Consejo Directivo de la Facultad, quien de este modo respalda y autoriza las actividades que se realizan en el seno de la Clínica.

En esta oportunidad proponemos acercarnos a la experiencia del caso que hemos dado en llamar laguna “Las Perdices”, adentrándonos en alguno de los aspectos que entendemos de interés para los lectores. En concreto nos referiremos a cómo se despliega el trabajo en equipo en un litigio ambiental colectivo, a la construcción de la arquitectura de la demanda y a ciertas pautas adoptadas en materia probatoria, hasta el momento del dictado de la sentencia.

2. Surgimiento del caso: serendipia. Causa Laguna “Las Perdices”

En cuanto a la elección del caso, como adelantamos, se procura que sean los miembros de cada nuevo equipo de la Clínica que se conforma, quienes detecten situaciones que encierran una problemática ambiental. En algunas ocasiones los integrantes de la Clínica nos acercamos personalmente a la zona y habitantes presumiblemente afectados, en otras, son los propios involucrados en los conflictos quienes se presentan en la sede de la Clínica en la Facultad y nos informan al respecto.

Como anticipamos, nos referiremos a una experiencia concreta de nuestra Clínica en el litigio ambiental y en la construcción colectiva de un caso. Se trata de la causa N° 25.480 “Asoc. para la protección medioambiental 18 de octubre c. ABSA s/ cese y recomposición de daño ambiental”, en trámite por ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de La Plata, iniciada el 12 de julio de 2011.

El caso en cuestión se trata de una demanda que tiene como objeto el cese y recomposición del daño ambiental generado en la laguna “Las Perdices”, una de las dos

⁶ Aníbal J. Falbo, abogado, graduado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, litigante en favor de la defensa del ambiente en procesos complejos, pionero y precursor en materia de derecho ambiental, docente experimentado, autor de libros y de textos académicos.

lagunas más importantes de la localidad de San Miguel del Monte, en la Provincia de Buenos Aires.

El conflicto fue descubierto por la Clínica de manera “accidental o causal”, mientras trabajábamos en un caso de daño ambiental, cuando una agente fiscal, nos mencionó acerca de la existencia de una denuncia penal por envenenamiento de aguas y exacerbada mortandad de peces en la localidad de San Miguel del Monte. La denuncia había sido presentada por una familia lugareña, presuntamente afectada, con la que luego logramos contactarnos.

A raíz de lo expuesto, parte del equipo de la Clínica emprendimos viaje desde la ciudad de La Plata hacia la localidad de San Miguel del Monte. Allí nos esperaban los habitantes afectados, de tradición pesquera, quienes nos manifestaron su creciente preocupación por la situación que estaban atravesando en el pueblo. En concreto, se refirieron al notorio incremento de peces muertos en la laguna, con la consecuente desaparición de sus predadores, las aves que solían divisarse en el lugar, tales como cisnes de cuello negro, patos y perdices, siendo estas últimas las que a su vez, daban nombre a la laguna “Las Perdices”, advirtiéndose también con su ausencia, otra pérdida, la pérdida de la identidad de la zona.

Por otro lado, los lugareños nos informaron sobre la radicación de una denuncia penal, en trámite por ante la Unidad de Delitos Complejos de La Plata, con el objetivo principal de que se investiguen las causas de la contaminación. Asimismo, nos detallaron respecto a la presentación de múltiples denuncias en sede administrativas, tanto ante el Municipio de San Miguel del Monte, como ante Organismos Provinciales, con competencia en la materia, entre ellos la Secretaría de Ambiente y la Autoridad del Agua.

Según corroboramos, la afectación ambiental de la laguna y sus respectivas fuentes estaban reconocidas tanto por los organismos estatales precitados, como por otros de alta especificidad y prestigio en la temática. Entre estos últimos el Instituto de Geomorfología y Suelos - Centro de Investigaciones de Suelo y Aguas de Uso Agropecuario (IGS-CISAUA), dependiente de la Facultad de Ciencias Naturales y Museo de la UNLP, que había tomado intervención elaborando estudios, en el ecosistema en cuestión. No obstante, la situación ambiental del cuerpo de agua continuaba empeorando. Hecho que podía constatarse sólo con echar un vistazo a la laguna “Las Perdices” y a sus inmediaciones.

En uno de los largos recorridos que efectuamos por la zona, los habitantes nos señalaron la comunicación existente entre la laguna más popular del pueblo, llamada “Laguna de San Miguel del Monte”, o “Laguna de Monte”, con la laguna “Las Perdices”. A simple vista pudimos apreciar que la vinculación entre ambas lagunas se producía a través de una compuerta.

Conforme observamos la “Laguna de Monte”, (a la cual se accedía con facilidad y en primer lugar al ingresar al pueblo), era un espacio en torno al cual se desarrollaban y publicitaban diversas actividades turísticas y recreativas; tales como kitesurf, windsurf, kayakismo, ecoturismo, cicloturismo, excursionismo, campamentos, natación, uso recreativo como balneario estival, entre otras; lo cual la convertía en una de las principales fuentes de ingresos de dicha localidad.

Fue allí cuando advertimos que la información sobre la existencia de daño ambiental en la laguna “Las Perdices”, se ponía en tensión con la economía de la zona.

Pues, la difusión de esa noticia posiblemente afectaría la concurrencia de los turistas a la “Laguna de Monte”. Por tal razón, según observamos, parte de la población y las propias autoridades parecían temer a que la situación se torne visible, pues entendían que esa información podría hacer peligrar a una de las principales fuentes de ingreso y sustento del pueblo, el turismo. Dos realidades contrapuestas coexistían, en el pueblo. Por un lado, la visibilidad y publicidad con que contaba la “Laguna de San Miguel del Monte” y, por el otro, el ocultamiento y el silenciamiento relativo al estado de daño ambiental existente en la relegada laguna “Las Perdices”.

El acceso a la laguna “Las Perdices” implicó una extensa travesía, toda vez que nos exigió el tránsito por extensos senderos de poco uso de los pobladores. En varias oportunidades el paso se vio obstaculizado por altos pajonales y cerramientos con tranqueras. Finalmente, al culminar el trayecto, arribamos a un sitio en el cual se divisaba una obra abandonada. La construcción tenía un gran cartel indicador en el que se podía leer “ABSA PLANTA DE TRATAMIENTO” (de la empresa Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima); era una planta de “tratamiento” de residuos cloacales en evidente estado de abandono. Si bien la obra debía tener como función tratar los desechos cloacales del pueblo, en los hechos y a juzgar por lo que a simple vista se apreciaba, los efluentes eran destinados a la laguna “Las Perdices”, por medio de un gran conducto o caño. Los desechos cloacales, sumamente turbios y pestilentes, se vertían de modo directo y sin ningún tipo de tratamiento a la laguna “Las Perdices”. El olor fétido era penetrante e impactante. El color del agua totalmente negruzca, se asemejaba a un gran estanque de rancia tinta china. El agua, se encontraba a su vez cubierta por una espesa capa verdosa, que luego supimos era causa de la eutrofización⁷.

A nuestro regreso concluimos que, pese a ser mayor en extensión la laguna “Las Perdices”, que la “Laguna de San Miguel del Monte”, fue invisibilizada, privándose a la comunidad de su uso y disfrute público. Ello, entendimos, respondía a la necesidad de ocultar la constante degradación y el daño ambiental a los cuales la laguna “Las Perdices” estaba sometida, generando a su vez un riesgo manifiesto en perjuicio de los habitantes del lugar.

En definitiva, se trataba de una decisión económica, un ahorro por desinversión efectuado por la empresa ABSA al arrojar los desechos a la laguna, sin ningún tipo de tratamiento. Pues, la producción del daño ambiental derivaba del ahorro, la transferencia y externalización de los costos en la toma de esas decisiones económicas -de la empresa- hacia el entorno, es decir, hacia el ambiente de San Miguel del Monte, sus habitantes y sus recursos, (Cafferatta, 2004). La empresa sólo internalizaba el beneficio por su accionar, pero no los costos. En síntesis, se configuraba como resultado de una actividad individual una “externalidad negativa o costo social” (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 50).

Ante el contexto reseñado, vivenciamos la imperiosa necesidad de tomar cartas en el asunto. Es decir, de hacer visible lo invisible y responder a un llamado, con el objetivo de hacer realidad otra de las misiones de una Clínica Jurídica, de una universidad pública, que es -según entendemos- recoger el saber de la comunidad y ponerlo en diálogo con el saber académico, en pos de construir una solución jurídica, posible y legítima, que dé respuesta al conflicto.

⁷ Eutrofización [eutrophication]: f. (Ecol.). Enriquecimiento excesivo en nutrientes de un ecosistema acuático; la eutrofización más habitual se provoca por aporte excesivo de nutrientes inorgánicos que contienen nitrógeno y fósforo en un ecosistema acuático con renovación restringida de agua, como por ejemplo en un lago. (Diccionario Médico-Biológico, histórico y etimológico [Dicciomed], s.f.)

3. Arquitectura de la demanda, su construcción: ecología del pensamiento

3. a. Un caso colectivo ambiental

En el diseño y construcción de la demanda, la Clínica ha de guiarse, como adelantamos por las pautas y objetivos que se tuvieron en cuenta en su creación, por eso uno de los puntos cardinales y previos, es la “definición del caso”. Surgieron una serie de interrogantes que era necesario despejar: ¿Tenemos un caso? ¿La situación de la laguna “Las Perdices” encuadra en un supuesto de daño ambiental? ¿Cuál es el tipo de caso que procura abordar nuestra Clínica? ¿Nos encontramos ante un supuesto de proceso colectivo en el que están involucrados derechos ambientales?

Cabe resaltar que los casos que debemos llevar adelante no son casos clásicos donde están en juego intereses individuales patrimoniales, (como podría ser un juicio de daños y perjuicios entre dos particulares, donde se le reclama a otro una indemnización económica por daños individuales), tampoco se persigue la condena penal de los responsables; sino que el foco está puesto prioritariamente en el cese, prevención y recomposición de un daño ambiental de incidencia colectiva.

En otras palabras, se pretende alcanzar con la acción incoada el dictado de una sentencia cuya implementación tenga como resultado la protección del ambiente como bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible y de las comunidades que lo integran para las generaciones presentes y futuras, amparados por el artículo 41 de la Constitución de la Nación Argentina. Se trata de litigios judiciales complejos que miran el pasado y el presente, pero fundamentalmente el futuro: donde es afectado el ambiente y como parte de él sus habitantes y las generaciones futuras (Hutchinson y Falbo, 2011).

Desde esa perspectiva, analizado el conflicto, arribamos a la conclusión de que nos encontrábamos frente a un bien ambiental: La laguna “Las Perdices”, cuyo ecosistema, incluida el agua, estaba siendo dañado por diversos sujetos que externalizaban costos en perjuicio del ambiente y la comunidad de San Miguel del Monte.

Era además palmaria la desigualdad de las partes, el ambiente y los pobladores afectados frente a un sujeto anónimo, una empresa, que los dañaba sin miramientos. Empresa que había convertido lo que, según los lugareños, en otro tiempo fue un espejo de agua, en una gran cloaca a cielo abierto, un pozo ciego. Todo esto, según nuestra percepción, no hacía más que reflejar el desprecio y la desidia por el ambiente y los habitantes -presentes y futuros- de la comunidad toda.

3. b. Cómo abordar la complejidad

Los procesos ambientales, son por definición litigios complejos, arduos y engorrosos (Goldemberg y Cafferatta, citados en Falbo, 2009). En tal sentido, trajimos a la memoria para su aplicación práctica, el voto de Juan Carlos Rezzonico, en ese entonces juez de la Sala 2, de la Cámara Civil y Comercial N° 1 de La Plata, en la causa “Pinini de Pérez M. c/ Copetro”:

(...) en el daño al medio ambiente hay muchos de sutil, de inasible, de cambiante de un momento a otro en la relación de los elementos físicos con las personas y cosas, como para limitarnos a una tosca y rutinaria

aplicación de los elementos jurídicos sin penetrar con la perspicacia de un zahorí en la cuestión (...)

En este contexto, una vez superada la instancia de si estábamos o no ante un caso ambiental de incidencia colectiva, por definición complejo, nos hallamos ante el atolladero que significaba iniciar una causa de estas características. Ello por la notable desigualdad de armas de las partes para hacer frente a la complejidad probatoria que implicaría el proceso, incluido los costos.

Ya adentrándonos en la redacción de la demanda y en el trazado de las estrategias decidimos, seguir dos premisas: simplificar y reducir. Henry Thoreau y Humberto Eco son dos autores que nos han acompañado desde el nacimiento de la Clínica hasta la actualidad, junto a las enseñanzas de nuestro director, quien ha hecho vivos sus pensamientos en reiteradas oportunidades. Pensamientos que han cobrado realidad no sólo para construir nuestras demandas, sino también para el desarrollo y evolución de la Clínica Ambiental y sus integrantes.

Volviendo a la demanda, en esta oportunidad, hicimos aplicación de las dos premisas referidas: a) Simplificar y, b) Reducir. Thoreau (1854) en su obra indica "(...) nuestra vida se pierde en los detalles. ¡sencillez, sencillez, sencillez! Simplificad (...)". A su vez, Eco (1977) aconseja que el tema de la tesis debe reducirse al mínimo para su mejor y más óptimo abordaje. "Reducirnos a lo mínimo para lograr lo máximo" era la consigna, consolidando así una ecología del pensamiento, buscando a cada instante la manera más simple de plantear un conflicto, que por sus aristas era sumamente complejo.

En la redacción y planteamiento de la demanda necesitábamos ser concisos, claros en los hechos, delimitar a los demandados, circunscribir la pretensión, seleccionar los medios probatorios esenciales e idóneos y estar dispuestos eventualmente a desistir de algunos de ellos si se tornaban irrelevantes en el debate.

3. c. El trinomio: Afectados / Actores / Beneficio de litigar sin gastos

Tal y como señala Maddalena (1992, p. 370):

(...) el sujeto individual, en el momento de actuar como miembro de la colectividad, ejerce un derecho propio y defiende un interés propio y, al mismo tiempo, de todos los otros asociados...(esto) hace que la acción de uno redunde en beneficio de todos.

El rol de los afectados en la tutela del ambiente en este caso fue crucial. Fueron ellos los portavoces del ambiente permitiendo que esta acción pudiera entablarse. Estas personas estaban realmente dispuestas a participar como actores de la causa en calidad de afectados, pero, previo a tomar esa decisión nos fue preciso evaluar varios puntos, de gran relevancia en un proceso ambiental, como lo son los costos del proceso y la legitimación activa.

Si bien los afectados no eran personas adineradas, poseían la titularidad de una propiedad (su hogar), de un automóvil y de un pequeño buque pesquero (que, tiempo atrás, hasta la desaparición de los peces en laguna "Las Perdices", constituyó la fuente de ingresos económica de la familia). Ello nos obligó a realizar un ejercicio de anticipación, y, en consecuencia, nos llevó a imaginar y graficarnos la posibilidad de que la justicia no les otorgara el beneficio de litigar sin gastos, pues si bien los afectados no eran ricos, poseían bienes de valor.

Cierto es que:

(...) la LGA, en su artículo 32, dispone que el acceso a la jurisdicción ambiental no admitirá restricciones de ningún tipo o especie, y que esta regla va a incidir en otros institutos clásicos del derecho, como lo es el beneficio de litigar sin gastos.

Dentro de ese marco, plantear adecuadamente lo relativo al beneficio de litigar sin gastos en un proceso ambiental exige considerar tres premisas: a) por regla son muy costosos los estudios y análisis periciales que exige el daño ambiental; b) generalmente, como ya expresamos, existe una gran diferencia económica entre el que demanda por daño ambiental y el que lo produce (o probablemente lo produce); c) el actor suele accionar por un interés que lo excede. (Cafferata, 2007; Falbo, 2001; Bibiloni, 2005, como se citó en Falbo, 2009, p. 218)

Si bien, era evidente la desigualdad técnica y económica de las partes en el proceso a entablar, entendimos que no debíamos arriesgar a que los gastos del proceso fueran a recaer eventualmente sobre los afectados. Situación que podía ocurrir si los vecinos se presentaban como actores en el proceso. En consecuencia, decidimos que la legitimada activa podía ser, una asociación cuyo objeto de tutela fuera el ambiente conforme lo establece el art. 43 de la CN en conjunción con el art. 30 de la LGA. En tal sentido, una asociación con la que teníamos contacto estuvo dispuesta a presentarse como legitimada. Transcribimos a continuación la parte pertinente de la demanda presentada en la causa señalada:

III.2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica “18 de octubre” es una asociación civil, sin fines de lucro, cuyo objeto es el de propender a mejorar la calidad de vida y el hábitat, evitando la contaminación ambiental.

La Constitución Nacional en su artículo 43, 2° párrafo, otorga expresamente legitimación para accionar ante la justicia “en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente” a las “asociaciones que propendan a esos fines”, norma que ha sido expresamente reglamentada en materia medioambiental por el artículo 30 de la Ley 25.675 (Ley General del Ambiente) que reconoce expresamente la legitimación procesal a entidades como las de mi mandante (...).

3. d. La Legitimación pasiva, la Pretensión y el enfoque de los Hechos

En relación a los legitimados pasivos, si bien existía continuamente la tentación de iniciar una megacausa (eran numerosos los potenciales demandados, empresas, el Estado tanto provincial, como municipal por omisión, en el ejercicio de su función, entre otros) arribamos a la conclusión de que esa opción tornaría aún más complejo al proceso, desde varios puntos de vista (plazos, traslados, excepciones, mayor actividad probatoria y recursiva, entre otras), atentando en definitiva contra las premisas que nos habíamos impuesto: simplificar y reducir.

Con lo relatado en mente, y luego de haber evaluado los expedientes administrativos que oportunamente referimos, dimos con un informe esclarecedor. Se trataba de un documento elaborado por el Centro de Investigaciones de Suelos y Aguas de Uso Agropecuario (CISAUA) dependiente del Instituto de Geomorfología y Suelos de la Facultad de Ciencias Naturales y Museo (UNLP), en el cual se ponía de manifiesto la existencia de *Escherichia coli*⁸ en la laguna “Las Perdices” como consecuencia de los efluentes que la planta depuradora de tratamientos cloacales ABSA allí descargaba. Fue así que nos focalizamos en la fuente de daño más evidente, ABSA. Foco de contaminación que habíamos observado al contemplar la laguna junto a los lugareños en nuestro recorrido por la zona afectada.

Respecto al Estado, es siempre -desde nuestra perspectiva y enfoque- el último sujeto a quien decidimos demandar, pues, en definitiva, de este modo, los costos los terminaría internalizando nuevamente la sociedad. En consecuencia, optamos por enfocarnos en los sujetos económicos más poderosos, como lo era en este caso una sociedad anónima, que vertía sus desechos a una laguna sin el debido tratamiento. Empresa que, como se explicó, obtenía un rédito económico al externalizar los costos negativos de su actividad, para que sean asumidos por el ambiente, que era dañado junto con la población que lo integraba. Es decir, preferimos canalizar nuestros esfuerzos en demandar a quienes internalizan las ganancias económicas de su actividad y externalizan los costos al introducir al ambiente sustancias dañosas.

Delimitamos así la pretensión, centrándonos en el cese del daño ambiental originado por los vertidos de efluentes cloacales por parte de la empresa ABSA y su recomposición, como así también el monitoreo continuo de los conductos de descarga. Transcribimos a continuación la parte pertinente de la demanda presentada en la causa señalada:

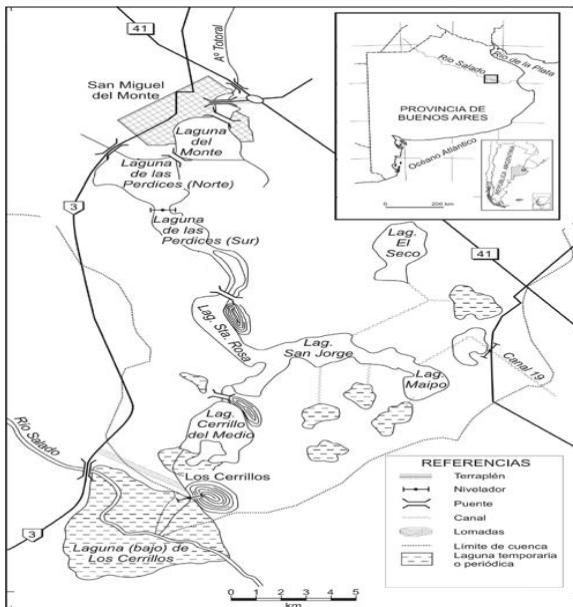
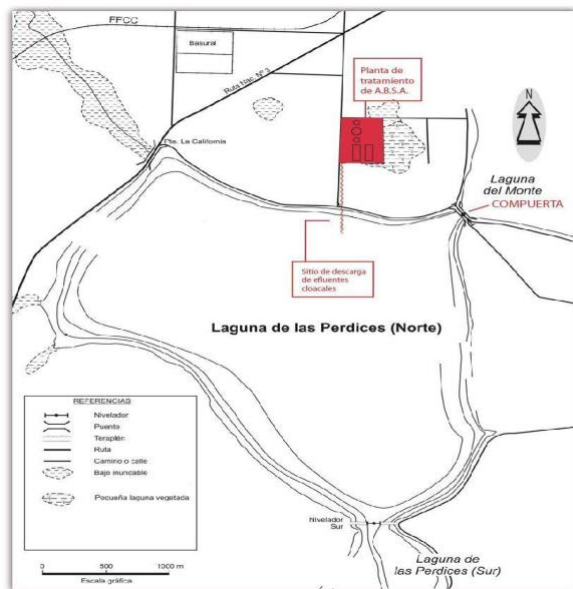
II. OBJETO

Por expresas instrucciones de mi poderdante inicio formal demanda contra AGUAS BONAERENSES S.A. (en adelante ABSA) con domicilio en la calle ...), y/o cualquier otro sujeto pasivo que resulte responsable - de acuerdo a la prueba a producirse en autos-, con el objeto que se ordene, disponga, y obligue a: (I) LA RECOMPOSICIÓN, REPARACIÓN y (II) EL CESE del daño ambiental y/o contaminación de la laguna “Las Perdices”.

También el objeto de esta acción se relaciona con el cumplimiento del mandato en el sentido que se ordene el monitoreo continuo de los conductos de descarga de la demandada a la laguna “Las Perdices”.

Teniendo definido al legitimado pasivo, nos resultó más sencillo delimitar la pretensión y circunscribir los hechos y las pruebas de las que nos valdríamos para acreditarlos. Decidimos a su vez, incluir que en el devenir del relato (además de la prueba documental ofrecida a la que haremos referencia) una serie de croquis, para graficar con claridad a la judicatura respecto a la ubicación de la laguna y la fuente del daño ambiental, dos de los cuales copiamos a continuación.

⁸ *Escherichia coli*: es una bacteria habitual en el intestino del ser humano y de otros animales de sangre caliente. Aunque la mayoría de las cepas son inofensivas, algunas pueden causar una grave enfermedad de transmisión alimentaria. La infección por *E. coli* se transmite generalmente por consumo de agua o alimentos contaminados, como productos cárnicos poco cocidos y leche cruda. Los síntomas de la enfermedad incluyen cólicos y diarrea, que puede ser sanguinolenta. También pueden aparecer fiebre y vómitos. La mayoría de los pacientes se recuperan en el término de 10 días, aunque en algunos casos la enfermedad puede causar la muerte. (Organización Mundial de la Salud [OMS], s.f.)



Toda la demanda, especialmente el relato de los hechos y la pretensión poseía un enfoque biocéntrico o ecocéntrico, no antropocéntrico (Gudynas, 2015), pues se centró en los intereses de la laguna “Las Perdices”, como un sistema ecológico, del que el ser humano es parte como una especie más (Falbo, 2017).

Dicho enfoque, se encuentra hoy incluido en los artículos 240 y 241 del CCyC, a partir de la reforma del año 2015, y, ha sido expresamente receptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en los destacados precedentes “Fernández” (Fallos 342:1347, 2019, consids. 8º y 10º); “Atuel” (Fallos 342:2136, 2019, consid. 5º); “Majul” (Fallos 342: 1203, 2019 consid. 13º); “Equística” (Fallos 343:726, 2020, consid. 7º); “Laguna La Picasa” (Fallos 342: 2136, 2019, consid. 9º) y “Barrick” (Fallos 342:917, 2019, consid. 17º), entre otros; donde el máximo Tribunal de la Nación, de manera expresa y terminante, sostiene que la visión y regulación jurídica del ambiente basada en un modelo antropocéntrico y puramente dominial, ha cambiado sustancialmente en los últimos años en favor de un paradigma jurídico ecocéntrico, o sistémico, que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino también los del mismo sistema, que deben ser tomados en serio (Cafferatta y Lorenzetti, 2020).

La gobernanza ambiental de los recursos hídricos, se ha visto promovida en la última década por el resultado de un amplio e innovador corpus de decisiones judiciales emanadas de los máximos tribunales de numerosos países, así como por una fuerte asociatividad y cooperación judicial creativa de principios y estándares, gestados progresivamente desde el primer Simposio Mundial de Jueces organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en 2002, junto con la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) (Morales Lamberti, 2021, p. 27).

4. La prueba del daño ambiental y su importancia en el desenlace del proceso.

En primer lugar, respecto a la prueba por daño ambiental, cabe remarcar como sostienen Goldenberg - Cafferatta (2001), citados en Falbo (2009, p. 220):

(...) el daño al ambiente es un daño diferente, no común. Esto tiene directas consecuencias a la hora de analizar lo atinente a la materia probatoria que, entonces, ha de mostrar un “particular tratamiento por cuanto la naturaleza de la agresión que se comete con los sistemas habituales de probanzas”.

Respecto a la prueba en nuestra causa, sosteníamos que el proceso ambiental no debía convertirse en una investigación científica, ni podía prolongarse indefinidamente. La magistratura, conforme al artículo 32 de la Ley General del Ambiente, 25.675, ha de actuar proactivamente. Ello implica necesariamente que el juez interviniente pueda -y deba- disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir, o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

Otra cuestión que evaluamos en cuanto a la prueba fue la desigualdad de las partes. En el caso, la demandada ABSA, como adelantamos, se hallaba en una mejor condición a la hora de probar, toda vez que contaba con mayor capacidad técnica y económica que los actores. Sumado a ello, recalcamos que la demandada, al introducir los elementos que causan daño al ambiente (desechos cloacales) no soportó el costo derivado de su actividad, externalizándolo hacia la sociedad y en perjuicio del ambiente. En consecuencia, entendimos que esa desigualdad entre las partes justificaba la concesión del beneficio de litigar sin gastos y, por otra parte, exigía la “aplicación de los principios favor debilis, in dubio pro ambiente e in dubio pro salud, trasladándose la carga probatoria del que no ha generado daño ambiental a la demandada” (Galdós, 1997, citado en Falbo, 2009, p. 192).

Como ya explicitamos, estábamos frente a un proceso ambiental, por definición complejo, y de prueba de difícil; lo cual exigía aggiornamientos en materia probatoria para evitar que el excesivo rigor formal obste a la tutela judicial efectiva (centralmente la aplicación de los principios ambientales, como el preventivo y el precautorio, además de las cargas dinámicas de la prueba y la colaboración procesal, el rol activo del juez y la fuerza probatoria de los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, entre otros, lo cual argumentamos).

Finalmente señalamos, en consonancia con lo sostenido por Bustamante Alsina (1996) que en este tipo de litigios toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias,

otorgando central importancia al armado de presunciones y la oportuna inversión de la carga de la prueba (Morello, 1997).

En el caso contábamos con numerosos medios de pruebas que, luego de un análisis exhaustivo, al momento de proyectar la demanda limitamos a los siguientes (entre otros):

-Documental: copia de expedientes administrativos y publicaciones de organismos especializados; fotografías, croquis y planos del área afectada.

-Informes: solicitud de libramiento de oficios a la Autoridad del Agua; al Instituto de Geomorfología y Suelos-Centro de Investigaciones de Suelo y Aguas de Uso Agropecuario; a la Unidad Funcional de Delitos Complejos (UFIC) N° 8 del Departamento Nacional de la Plata y al Municipio de San Miguel del Monte.

-Reconocimiento judicial: de la zona afectada a fin de que el magistrado interviniente tome contacto con el lugar, con los vecinos de la zona y pueda constatar por sí el vuelco de efluentes cloacales por parte de la empresa demandada a la laguna "Las Perdices".

-Testimonial: citación de tres testigos vecinos de la zona afectada.

-Pericial: solicitud de la designación de un perito Geólogo, un perito Químico y un perito Ingeniero, para que los mismos teniendo en cuenta sus conocimientos y los antecedentes obrantes en la causa se expidieran sobre una serie de puntos de pericia acompañados.

En relación a la prueba pericial ofrecida y en virtud de las operaciones o conocimientos de alta especialización que requiere la materia, por aplicación del art. 475 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires fue que requerimos dar intervención al Centro de Investigaciones de Medio Ambiente (CIMA), dependiente de la Facultad de Ciencias Exactas de la UNLP, y a los fines de apoyar, complementar, asesorar y/o realizar cualquier actividad de los peritos que eventualmente pudieran ser designados en la causa, con el objeto de cumplir con los puntos de pericia requeridos.

Si bien se ofreció como medio de prueba el reconocimiento judicial; tanto la prueba documental (fotografías, croquis y los planos) como el pormenorizado relato de los hechos, brindaban una clara representación visual de la zona afectada, posibilitando a la judicatura identificar el lugar sin necesidad de trasladarse.

En cuanto a la etapa de producción de la prueba, se centró, en principio, en el diligenciamiento de los oficios. Conocíamos del considerable dispendio temporal que tal labor insumiría, toda vez que falta de respuesta -habitual en ciertos organismos públicos- irrogaría nuevos requerimientos a fin de que se ordene el libramiento de oficios reiteratorios. Situación que se reiteró en varias oportunidades.

A la par que transcurrían los plazos para la contestación de oficios avanzamos con la producción de las pruebas periciales. Se había ordenado la designación y desinsaculación de un perito bioquímico y de un perito geólogo. Ambas pericias, como explicaremos, fueron cardinales en el avance y resolución del proceso, por cuanto constituyeron, en definitiva, la bisagra que nos permitió dar un giro radical, abreviando plazos procesales y arribando al fin a la decisión judicial relativa a la cuestión de fondo.

En tal sentido, los dictámenes periciales relativos a la existencia de daño ambiental, tuvieron tal contundencia que nos permitieron llegar al convencimiento de que podíamos desistir del resto de las medidas probatorias ofrecidas y asegurarnos una sentencia favorable en un plazo más acotado que el que avizorábamos hasta ese entonces.

El perito bioquímico presentó su dictamen pericial a fines de diciembre del 2017, en el cual dejó de manifiesto que en los cuatro puntos de muestreo realizados en la laguna “Las Perdices”, se advirtieron altos niveles de contaminación por Coliformes Fecales, afirmando que la presencia de las mismas derivaba de la planta depuradora (de la demandada, ABSA) que en los días de realización de los muestreos se encontraba activa.

Coincidentemente, el perito geólogo, en su dictamen pericial relativo al suelo y al subsuelo, concluyó que el suelo de la laguna “Las Perdices” estaba contaminado con microorganismos del tipo Coliformes Totales. Manifestando además que, de acuerdo a las fotos satelitales por él examinadas, se podían observar variaciones de color en el espejo de agua de la laguna "Las Perdices", respecto a la "Laguna de San Miguel del Monte", lo que claramente indicaba la existencia de un grave daño ambiental en al cuerpo de agua de la laguna en cuestión.

Así fue como por lo expuesto, resolvimos desistir de la producción de la pericia de ingeniería, del reconocimiento judicial, de la prueba informativa e inclusive de la prueba testimonial, todas ellas para aquel entonces, pendientes de producción.

La decisión constituía una estrategia ciertamente arriesgada, pues desistir de dichas probanzas, significaba perder el derecho y la oportunidad de probar los hechos a través de ellas. En contrapartida, pretender producir la prueba restante insumiría más tiempo, máxime considerando que “(...) en los conflictos ambientales, la espera consume el bien jurídico protegido, de tal modo que mantener la situación es fallar cuando ya no existe interés por la extinción natural o injusta del conflicto.” (Lorenzetti, 2008, p. 178).

A esa altura ya llevábamos casi siete años de litigio, tiempo en el cual la laguna “Las Perdices” continuaba degradándose.

En suma, requerimos se declare la negligencia de toda la prueba no producida por la demandada, se certifique la prueba producida y se llame a autos para sentencia. Transcribimos a continuación el escrito referido:

SOLICITA SE DECLARE LA NEGLIGENCIA DE LA PRUEBA NO PRODUCIDA. SE DESISTE DE TODA PRUEBA PENDIENTE. SOLICITA SE CERTIFIQUE LA PRUEBA YA PRODUCIDA Y AGREGADA. SE LLAME A AUTOS PARA DICTAR SENTENCIA

Sr. Juez:

(...) Atento el estado de autos y habiéndose cumplido ampliamente el período probatorio, solicito se declare la negligencia de toda la prueba de las codemandadas no producidas ni agregadas (conforme lo prevén los artículos 43 y 47 de la ley 12008).

2. Esta parte desiste de toda prueba pendiente de producción oportunamente ofrecida. Ello en el entendimiento de que la contundencia corroborante de las pruebas producidas torna innecesaria cualquier otra.

3. Asimismo, solicito se certifique la prueba ya producida y agregada a la presente.

4. Finalmente, atendiendo a que la presente es una causa ambiental, solicito se llame a autos para dictar sentencia de manera urgente y sin más trámite. Ello en consonancia con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al indicar que la sentencia ambiental debe ser urgente, definitiva y eficaz (fallo 331:1622, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ estado nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del río matanza-riachuelo, del 8 de julio 2008, considerando 15).

5. La determinación de la responsabilidad por daño ambiental en la Sentencia y su relevancia jurídica

El núcleo de la pretensión en la demanda es el dictado de una decisión que condene a los responsables a: 1) cesar el vertido de los elementos contaminantes a la laguna; 2) recomponer y reparar el daño ambiental generado a la laguna a través de su limpieza y/o restauración; y como punto 3) el monitoreo permanente de los conductos de descarga de ABSA a la laguna en cuestión.

Ello conforme con el art. 41 de la CN y 28 de la Constitución Bonaerense, que establecen el deber de preservación del ambiente, la función de contralor de las autoridades y la obligación prioritaria de recomposición por parte de los responsables en caso de daño, entre otras normas.

Desde esta óptica jurídica, cesar el daño y recomponer el ambiente en la causa, implicaría un accionar positivo por parte de las responsables. Es decir, la implementación de cambios, la realización de obras y tareas para contrarrestar el daño ocasionado. En otras palabras, hacerlo cesar y evitar que vuelva a repetirse. Unido a esto último, sería preciso desarrollar, medidas de control y supervisión que garanticen el efectivo cumplimiento de la sentencia y que el daño no vuelva a producirse en el futuro, pues de muy poco serviría que un daño al ambiente cese por un tiempo, para luego reiniciarse.

Fue así que arribamos al dictado de la sentencia en fecha 12/06/2019. El Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata resolvió condenar como responsables del daño ambiental generado en la Laguna “Las Perdices” a la firma ABSA y al Estado Provincial, determinándose la acreditación en el proceso del enorme grado de contaminación que padece la laguna “Las Perdices” como consecuencia del vertido de efluentes contaminantes provenientes de la planta depuradora de la empresa señalada.

Según la sentencia, ABSA, es responsable por cuanto quedó fehacientemente acreditado que uno de los factores principales en la contaminación de la laguna “Las Perdices” se debe a los efluentes cloacales que ésta recibe por parte de la planta de tratamiento perteneciente a dicha sociedad. Por ello, se dispuso la aplicación del art. 28 de la ley 25.675 que expresamente establece: “el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción”. En relación a la Provincia de Buenos Aires, el fallo determinó su responsabilidad por omisión. De acuerdo a la resolución, es lógico que por el daño causado al ambiente responda tanto el contaminador directo (ABSA), por haber asumido el riesgo de su actividad, como así también el Estado Provincial por haber omitido el control, vigilancia y/o monitoreo de las actividades del sujeto dañoso. Asimismo, agrega el fallo, que, “...el

control administrativo en un caso como el planteado en autos, dónde se encuentra en juego el grado de toxicidad de los efluentes cloacales que son emitidos por una planta depuradora, debe ser particularmente riguroso y el Estado no puede eludirlos...”.

En cuanto a la ejecución de la sentencia, se resolvió que “... la obligación de cesar el daño ambiental comprenderá una primera etapa en la que se deberá presentar en autos, un plan de saneamiento –en conjunto entre ABSA y el organismo provincial competente- el cual deberá incluir las tareas necesarias a llevar a cabo en la planta depuradora para lograr el inmediato cese en la contaminación de la laguna, y las tareas indispensables para la recomposición del medio ambiente afectado. Dicho plan, deberá contener, además, el plazo necesario para su ejecución como así también el presupuesto para los gastos necesarios para alcanzar dicho cometido (art. 28 de la Ley General del Ambiente N° 25.675). Una vez presentado dicho plan, el mismo será puesto en consideración por parte de los peritos designados en autos, quienes deberán expedirse respecto de la factibilidad del mismo, en un plazo de treinta (30) días. Y, una vez homologado judicialmente, deberá ABSA iniciar su ejecución, debiendo el organismo estatal competente, ejercer el poder de policía ambiental a fin de obtener su cumplimiento...”

La sentencia es una valiosa y necesaria decisión, de gran relevancia para la tutela del ambiente, pues implica que los generadores del daño ambiental, asuman los costos económicos de su accionar, presentando un plan de cese y recomposición del daño ocasionado en el ecosistema de la laguna “Las Perdices”, sujeto a control y monitoreo, para que se haga efectiva su implementación.

A contrario de lo que se algunos temían, los conocimientos de los vecinos-habitantes de la Localidad de San Miguel del Monte y el diálogo entablado con la Universidad, a través de la Clínica, dio como resultado la construcción colectiva de una demanda y el desarrollo del proceso ambiental, cuyo fruto es la sentencia de cese y recomposición de daño ambiental referida. Sentencia que coadyuvará -si se ejecuta eficazmente- a un mayor bienestar para el ambiente, incluida la salud pública y el turismo de San Miguel del Monte; sus efectos y beneficios se expandirán sin duda a todos los habitantes, humanos y no humanos, de las generaciones presentes y futuras.

Recuérdese que, en el proceso ambiental, de conformidad con el artículo 33 de la LGA 25.675, y como bien señala Carlos Rodríguez (2007), citado en Falbo (2009, p. 229):

(...) si la sentencia ha sido favorable, tendrá efecto erga omnes, en todo aquello que hubiere receptado positivamente la pretensión por la que se accionara y ‘deberá ser acatada por todos los particulares y el Estado; tiene efectos expansivos, pues alcanza a todos los que estén en la misma situación, pero no han participado en el juicio’ (...)

A la fecha de redacción del presente artículo el proceso se encuentra en la etapa de ejecución de dicha sentencia, lo cual, como expresamos, será abordado en una futura publicación.

6. Interrogantes y reflexiones finales

Concluir con algunos interrogantes nos pareció la mejor manera de seguir repensando junto a ustedes todo lo hasta aquí expuesto, a saber: 1. ¿Nos deja satisfechos que una sentencia que resuelve la cuestión de fondo luego de ocho años de

interpuesta la demanda? / 2. Los honorarios regulados en el proceso a favor de los patrocinantes de la parte actora (34 jus) ¿alientan el litigio ambiental? / 3. ¿Cuánto más activo debe ser el rol del abogado ambiental en su intención de proteger y preservar el ambiente? / 4. ¿Será la justicia capaz de ordenar y adoptar las medidas procesales correspondientes para hacer real la ejecución de una sentencia de contenido ecocéntrico o biocéntrico?

En cuanto al proceso de enseñanza-aprendizaje consideramos importante y necesario, compartir y dejar testimonio escrito de algunas de las reflexiones suscitadas a partir de la reconstrucción de nuestras propias prácticas, puesto que entendemos pueden ser de utilidad para el desarrollo de otros proyectos educativos: 1. Reconocemos en la experiencia la trascendencia del rol de la universidad pública en la generación de vínculos entre los distintos saberes, en el caso saberes biográficos y saberes académicos, para la creación de respuestas innovadoras y eficaces para la protección del ambiente./ 2. Destacamos la importancia del apoyo institucional a los formadores en las prácticas extensionistas, tendientes a la formación de profesionales con una visión holística y capacidad, constancia y disciplina para trabajar cooperativamente en pos de la protección del ambiente en el marco del desarrollo de un litigio estratégico. / 3. Las actividades desarrolladas por la Clínica Jurídica supusieron transformaciones significativas en el ambiente y en la formación profesional de quienes formaron parte del programa o se vincularon de manera directa o indirecta, la sentencia obtenida en el caso es reflejo de eso, y de la que damos testimonio. / 4. Se promueve un perfil profesional de abogados en la Clínica que salgan a la búsqueda y reconocimiento de los "otros": el ambiente y los habitantes que lo integran. A partir de ese encuentro se da la construcción colectiva del conocimiento, en diálogo con otros saberes y actuando en equipo y en el territorio, donde todos somos transformados y transformadores de la realidad.

Bibliografía

Bustamante Alsina, J. (1996), "La Relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual", Diario La Ley.

Cafferatta, N. A. (2004), Introducción al derecho ambiental, Instituto Nacional de Ecología.

Cafferatta, N. A. y Lorenzetti, P. (2018), Hacia la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Carlevaro, P. (2010), Intersecciones y uniones de la universidad con la ética, Reencuentro, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, No 57.

Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico Organización Mundial de la Salud. (s.f.). Palabra. Recuperado el 12 de mayo de 2021, de <https://dicciomed.usal.es/palabra/eutrofizacion>

De Sousa Santos, B. (2006), Capítulo I. La Sociología de las Ausencias y la Sociología de las Emergencias: para una ecología de saberes. Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires).

Eco, U. (1994), Cómo se hace una tesis, Barcelona, Editorial Gedisa, 5.

Edwards, V. (1995), Las formas del conocimiento en el aula, en La escuela cotidiana; E. Rockwell, México, Fondo de Cultura económica.

Falbo, A. J. (2009), Derecho ambiental, La Plata: Librería Editora Platense.

Falbo, A. J. (2017), El término "habitantes" del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos, Revista de Derecho Ambiental, p. 52.

Gudynas, E. (2015), Derechos de la Naturaleza, Tinta limón, 19.

Hutchinson, T. y Falbo, A. J. (2011), Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Librería Editora Platense.

Lorenzetti, L. (2008), Teoría del Derecho Ambiental, La Ley, 149.

Lorenzetti, L. y Lorenzetti, P. (2018), Derecho Ambiental, Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.

Maddalena, P. (1992), Las transformaciones del derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales, Revista del derecho industrial, 41.

Morales Lambertini A. (2021), Doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia, Revista de Derecho Ambiental, Abeledo Perrot. Abril - Junio 2021, 66.

Morello, A. (1997), Los daños al ambiente y el derecho procesal, Jurisprudencia Argentina.

Organización Mundial de la Salud. (s.f.). Temas de salud. Escherichia coli. Recuperado en 12 de mayo de 2021, de https://www.who.int/topics/escherichia_coli_infections/es/

Thoreau, H. D. (1854), Walden o la vida en los bosques, Kaizen editores.

Tommasino, H. y Cano A. (2016), Modelos de extensión universitaria en las universidades latinoamericanas en el siglo XXI: tendencias y controversias Universidades, 67, enero-marzo. Unión de Universidades de América Latina y el Caribe, Distrito Federal, Organismo Internacional.

Jurisprudencia

Cámara Civil y Comercial N° 1 de La Plata, Sala 2, causa "Pinini de Pérez M. c/ Copetro", voto del Dr. Juan Carlos Rezzonico. Sent. del 27/04/93 JA 1993-III-368.

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina [CCyC]. Arts. 240 y 241, 2015 (Argentina).

Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires [CPCCBA]. Decreto Ley 7425/68. Art. 475. 19 de septiembre de 1968 (Argentina).

Constitución de la Nación Argentina [CN]. Arts. 41 y 43. 3 de enero de 1995 (Argentina).

Constitución de la Provincia de Buenos Aires [CBA]. Art. 28. 13 de septiembre de 1994 (Argentina).

Ley 25.675 de 2002. Ley General del Ambiente. Política Ambiental Nacional. Presupuestos Mínimos para Gestión Sustentable. B.O. No. 30036.

Resolución 234 de 2007. [Honorable Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales / UNLP]. Por la cual se incorpora como nueva área en la órbita de la Secretaría de Extensión Universitaria el Programa "Clínica Jurídica".

Resolución 398 de 2008. Expediente N° 400-5525/08. [Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales / UNLP]. Por la cual se implementa el Programa "Clínica Jurídica".

Artículos

Michele Taruffo y los procesos colectivos en América Latina

Michele Taruffo and collectives process in Latin America

Augusto Tanger **Jardim**¹
Handel Martins **Dias**^{2 3}

Resumen: A través de revisión bibliográfica, así como de legislaciones y anteproyectos, este trabajo trata de los aportes de Michele Taruffo con respecto a la tutela colectiva. Teniendo como problema de investigación si existe en la materia un legado de Michele Taruffo para la América Latina, este estudio tomó como referencia el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica para verificar la influencia de las ideas del maestro italiano, sea en la ordenación del antedicho anteproyecto, sea en la adopción de soluciones propuestas por él. Al final de la pesquisa, además de la difusión de los métodos de investigación orientados a la solución de problemas prácticos, se puede concluir que el gran profesor lombardo fue muy importante para el principio y la conformación de la tutela colectiva de Latinoamérica.

Palabras clave: Tutela colectiva; Código Modelo; Acceso a la justicia; Latinoamérica.

Abstract: Through bibliographic review, as well as legislations and bills, this work addresses the contribution of Michele Taruffo about the collective process. Having as research problem if there was a legacy of the Italian jurist for Latin America in the matter, this study took as a reference the Model Class Action Code for Ibero-America to verify if there was influence of the ideas of Michele Taruffo, either in the conformation of the aforementioned draft, or in the adoption of the solutions proposed by him. At the end of the survey, in addition to the dissemination of research methods aimed at solving practical problems, it can be concluded that the great Lombard professor was very important for the beginning and formation of the class action in Latin America.

Keywords: Class action; Model Code; Access to justice; Latin America.

¹ Doctor, Máster y Especialista en Derecho Procesal por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Profesor en los cursos de Graduación y Especialización en Derecho de la Facultad de Derecho de la Fundação Escola Superior do Ministério Público. Miembro del Instituto Brasileiro de Direito Processual. Abogado en Brasil. Correo electrónico: augusto_jardim@yahoo.com.br.

² Doctor en Derecho Procesal por la Universidade de São Paulo. Máster en Derecho Procesal por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Profesor en los cursos de Graduación, Especialización y Máster en Derecho de la Facultad de Derecho de la Fundação Escola Superior do Ministério Público. Miembro del Instituto Brasileiro de Direito Processual Abogado en Brasil. Correo electrónico: handel.dias@fmp.com.br.

³ N.del E. La versión publicada es la versión en castellano presentada por el autor a la que apenas se han introducido ajustes menores para favorecer la comprensión. La Revista de Interés Público intenta fomentar el diálogo más allá de las barreras idiomáticas por lo que tiene una política editorial abierta en este sentido.

1. Introducción

Escribir sobre la producción intelectual de Michele Taruffo significa asumir una doble responsabilidad. Primeramente porque recae en quien escribe la densidad y el impacto de las ideas del gran jurista italiano.⁴ En segundo lugar, la responsabilidad se manifiesta en la necesidad de elegir uno de los muchos temas a los que Michele Taruffo se dedicó a lo largo de su brillante trayectoria académica, prematuramente cerrada a finales de 2020. Sin embargo, por más plural que haya sido su pensamiento, es posible percibir rasgos comunes en toda su producción. Es perceptible, de forma subyacente a todos los temas estudiados, que el autor tuvo una gran preocupación en comprender la justicia civil (y el proceso civil en particular) como un fenómeno que merece abordaje más allá de su dogmática y de las contingencias impuestas por los ordenamientos jurídicos nacionales.⁵ Hasta cuando se dedicó con profundidad y sapiencia a temas puntuales, el enfrentamiento que les dio y las enseñanzas transmitidas en sus textos jamás perdieron de vista el compromiso de calificar la justicia civil. Eso sucedió especialmente en los temas de la prueba, motivación de las decisiones y precedente, en los cuales se siente con gran intensidad la importancia de Taruffo. Si por un lado sería una oportunidad para resaltar los logros del jurista italiano al abordar uno de esos asuntos centrales de su producción en estas líneas, por otro sería tomar caminos que no traerían nuevas reflexiones sobre su legado.

Frente a este escenario, se optó por tratar del proceso colectivo, tema que comúnmente no está asociado al influjo académico de Michele Taruffo. Con respecto al asunto, es posible identificar dos dimensiones desarrolladas en diferentes momentos de la producción del maestro. Al principio, cuando se comprendió la importancia de existir instrumentos procesales supraindividuales a partir del inicio del movimiento de acceso a la justicia en los años sesenta, él se dedicó a encontrar soluciones en el derecho estadounidense delante de la insuficiencia del sistema jurídico italiano (y de los países de civil law en general) para la tutela de derechos difusos y colectivos. En esta dimensión de análisis, Michele Taruffo cumplió un relevante papel de traductor del ordenamiento jurídico norteamericano. Desde otra perspectiva, y en un segundo momento, Taruffo empezó a investigar temáticas basilares del proceso colectivo italiano, para las que aún no habían soluciones adecuadas en el orden jurídico, permitiendo bosquejar un modelo – o al menos una estructura esencial – del proceso colectivo con referencia a su obra. El objetivo de este artículo es precisamente verificar si estos aportes de Michele Taruffo con respecto a la tutela supraindividual constituyen un legado para la América Latina.

Por lo tanto, a través de revisión bibliográfica, así como del examen de legislaciones nacionales y anteproyectos, tomando como referencia el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el presente trabajo tiene como problema de investigación si hay, y en qué medida hay, un legado de Michele Taruffo para la América Latina en el tema de la tutela colectiva. Para responder la cuestión, este artículo se estructuró en tres partes. La primera examina la producción del jurista en torno a la protección jurisdiccional colectiva, contextualizándola de acuerdo con la evolución de la legislación procesal colectiva italiana. La segunda busca presentar una formulación del modelo de tutela colectiva desde la obra de Michele Taruffo, subrayando cuáles fueron los puntos que le preocuparon acerca de la materia. Y a partir del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, la tercera y

⁴ Véase Giussani (2015), pp. 367-368.

⁵ Véase Aramburo Calle (2020), pp. 127-139.

última parte se destina a identificar si Taruffo contribuyó con el desarrollo del proceso colectivo latinoamericano, sea en la conformación del antedicho anteproyecto, sea en la adopción de soluciones propuestas por él. Al final, como conclusión, se responde el problema de investigación y se intenta sistematizar estos aportes.

2. El origen de la preocupación por la tutela colectiva: de la traducción del derecho norteamericano a las reformas en la legislación italiana

El proceso colectivo no fue objeto principal de la actividad académica de Michele Taruffo. Él no dedicó al asunto una obra monográfica, limitándose a abordarlo a través de algunos artículos doctrinales o, de forma paralela o transversal, en tópicos de estudios más anchos. Su primera producción sobre el tema fue una de sus pioneras investigaciones,⁶ cuando aún era bastante joven y discípulo de Vittorio Denti en la Università degli Studi de Pavia. En 1969, tenía solo 26 años cuando su artículo *I limiti soggettivi del giudicato e le class actions* fue publicado en la *Rivista di Diritto Processuale*. Según Marinoni y Mitidiero (2015), Michele Taruffo fue a desarrollar estudios con Vittorio Denti en Pavía justo cuando él pasó a dedicarse, así como Mauro Cappelletti en Florencia, al uso del derecho comparado (no sólo con sistemas de la tradición continental, sino también del common law) como instrumento para la reforma de las instituciones procesales en Italia ante el agotamiento del modelo entonces en vigor y la preocupación con la protección del derecho material y con la realidad social. De esta manera, en un momento de necesidad de transformaciones en Italia, de comprensión de la falta de estudios de derecho comparado y de ebullición del movimiento de acceso a la justicia, incluida la necesidad de instrumentos de protección colectiva (the second wave), Michele Taruffo se volvió el primer alumno de Vittorio Denti a estudiar el proceso civil del common law.

A pesar de no destinar estudios específicos sobre la tutela colectiva en los años siguientes, Michele Taruffo nunca abandonó esta temática. Al contrario, él participó intensamente de los debates que la doctrina italiana estableció desde entonces, incluso bajo la influencia de Vittorio Denti, quien fue uno de los exponentes de esta interlocución en Italia. A propósito, junto a su profesor, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Federico Carpi, Roberto Pardolesi, Giovanni Tarello, Vincenzo Vigoriti, entre otros, Michele Taruffo participó de un congreso histórico sobre el tema, celebrado en Pavía el 11 y 12 de junio de 1974. Promotoras del evento, la Facultad de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Pavia y la Associazione Nazionale "Italia Nostra"⁷ publicaran las actas del congreso en 1976 por la editora Cedam, conteniendo los informes, comunicaciones e intervenciones. Más allá de la conocida comunicación de Mauro Cappelletti denominada *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi*, las actas del evento consignarán la intervención de Michele Taruffo, en la que expresa, entre otras reflexiones, su preocupación con la necesidad de que los intereses colectivos de terceros sean adecuadamente tutelados en el proceso en los que no participan.

⁶ La segunda, conforme el repositorio de producción del Institutional Research Information System de la Università degli Studi di Pavia, disponible en <https://iris.unipv.it/>.

⁷ Precisamente esta asociación ambientalista fue protagonista de un proceso emblemático en Italia en torno de la tutela colectiva. En 1973, el Consejo de Estado reconoció su legitimidad para proponer una acción a fin de proteger un patrimonio natural, decisión esta revocada cinco años después.

Con efecto, aunque sin estudios dirigidos exclusivamente a la tutela colectiva, es notorio en varios otros trabajos posteriores, máxime en aquellos enderezados al derecho estadounidense, que Michele Taruffo mantuvo atención en este tema, inclusive por integrar los candentes debates en Italia al respecto. Al analizar comparativamente el derecho de los Estados Unidos de América, el autor oblicuamente llevaba a cabo reflexiones sobre la tutela colectiva en su producción bibliográfica. Véanse, por ejemplo, *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, publicado en 1979 por la Cedam; *The lawyer’s role and the models of civil process*, publicado en 1981 en la *Israel Law Review*; *American civil procedure: an introduction*, publicado en 1993 por la Yale University Press;⁸ *La giustizia civile negli Stati Uniti*, publicado en 1993 por Il Mulino;⁹ y *Il processo civile di “civil law” e di “common law”: aspetti fondamentali*, publicado en el tradicional *Il Foro Italiano* en 2001. En líneas resumidas, lo que se desprende de esta producción en esta fase de la trayectoria académica de Taruffo es un abordaje general del problema inherente a los conflictos colectivos y una investigación sobre la forma en que los Estados Unidos de América los trató por medio de sus *class actions*.

Por más que el comienzo de la discusión sobre la tutela colectiva en Italia remonte al período comprendido entre finales de los sesenta y principios de los setenta, el debate teórico promovido trajo pocos resultados efectivos. Solo a partir del año 2000, cuando se intensificó la presión en Italia por reformas efectivas en la legislación procesal debido a la necesidad de que se adoptasen en aquel país soluciones adecuadas al problema de la tutela colectiva (incluso para ajustar la legislación italiana a las directrices normativas de la Unión Europea) – culminando en la edición del Código del Consumo en 2005 y, posteriormente, en su reforma por la ley nº 99/2009 –, Michele Taruffo volvió a dedicar producción específica sobre el tema en cuatro artículos, a saber: *Some remarks on group litigation in comparative perspective*, publicado en 2001 en el *Duke Journal of Comparative & International Law*, de la Duke University School of Law; *Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos*, publicado en 2005 en la *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*; *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, publicado en 2007 en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; y, finalmente, *La tutela collettiva nell’ordinamento italiano: lineamenti generali*, publicado en 2011 en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.

Aun después de la promulgación de leyes relativas a la protección colectiva del consumidor en Italia, Michele Taruffo (2007) expresó su descontento con los resultados obtenidos. Apuntó como causa de este fracaso la circunscripción de la protección colectiva al ámbito de las relaciones de consumo y a medidas de carácter inhibitorio solo para prevención de actos ilícitos, cuando debería contemplar cualquier interés grupal y trascender el de la protección colectiva para lograr también decisiones de naturaleza indemnizatoria. Para entender cómo se podrían superar estos obstáculos, Michele Taruffo hace uso de la comparación con la *class action* estadounidense.¹⁰ El hecho es que, en 2009, tras la promulgación de la ley nº 244 de 2007 (que nunca entró en vigor), la ley nº 99 modificó el Código del Consumo para permitir la tutela por indemnización a favor de los consumidores y denominar el instrumento para *azione di classe*, en una

⁸ Escrito con Geoffrey C. Hazard Junior.

⁹ Escrito con Geoffrey C. Hazard Junior.

¹⁰ En su propuesta, no se podría simplemente traducir para el italiano la Rule 23 de las Federal Rules, sino tener en consideración la experiencia norteamericana para traer las indicaciones útiles, segmentando el que no podría ser importado para Italia (Taruffo, 2007).

evidente inspiración en la congénere norteamericana.¹¹ Y recientemente, a partir de la ley nº 31, de 2019, se agregaron los artículos 840-bis a 840-sexiesdecies al Codice di Procedura Civile para admitir la protección colectiva más allá de los consumidores y con posibilidad de tutela condenatoria e inhibitoria.¹² De manera lamentable, no se puede conocer el pensamiento del maestro en relación a los últimos cambios legislativos, en vigor desde 2020.

3. En busca de un modelo de proceso colectivo desde la perspectiva de Michele Taruffo

Además de un comparatista (y quizás debido a que lo fue),¹³ Michele Taruffo siempre pautó su análisis a partir de la construcción de modelos de tipo ideal. Esto no fue diferente cuando enfrentó el tema de la tutela colectiva al buscar una sistematización a partir de modelos protagonistas y representativos de los sistemas del common law y del civil law, como se puede averiguar en su artículo “Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos”, publicado en la Revista de Derecho Privado de Colombia (Taruffo, 2005). En este sentido, el procesalista lombardo expuso el modelo de tutela colectiva estadounidense, representativo del sistema del common law, y el modelo de tutela colectiva alemán (Verbandsklage), representativo del civil law. Conviene subrayar otra perspectiva metodológica de Michele Taruffo. Es posible identificar dos dimensiones en la preocupación del maestro con respecto al tema de la tutela jurisdiccional colectiva: una de naturaleza objetiva, consistente con el objeto de análisis (conflicto colectivo), y otra de naturaleza subjetiva, relacionado con los sujetos involucrados en el proceso (los legitimados para proponer la acción y el papel desempeñado por el juez). Es respetando este recorte, sin adentrar en soluciones dogmáticas para las técnicas procesales, que el presente estudio busca sistematizar la obra de Taruffo en torno a la tutela colectiva.

Un primer punto que debe definirse en el entendimiento construido por Taruffo acerca de la tutela colectiva se refiere al tipo de conflicto cubierto por esta categoría jurídica y a la forma de tutela que está a su servicio. La génesis de esta definición deriva de su crítica al sistema italiano hasta la reforma de la ley n.º 99. Esta censura se apoyó en la limitación de la tutela colectiva a las causas de consumo y en la restricción de los efectos producidos por la demanda a la tutela inhibitoria. Basándose en la experiencia del derecho norteamericano, Michele Taruffo (2007) sustentaba que la protección colectiva debería abarcar una amplia gama de derechos colectivos y proporcionar efectos condenatorios. Entre la multiplicidad de derechos, haciendo uso una vez más de la comparación con el derecho estadounidense, indicó que las class suits tenían dos modalidades: una relacionada a demandas cuya menor importancia económica imposibilitaba, del punto de vista práctico, atender demandas individuales en virtud de los costos procesales; y otra destinada a viabilizar una medida en nombre de varios sujetos de derecho sometidos a un perjuicio común a todos. En cuanto a las formas de tutela, Taruffo prescribía que la inhibitoria era, por sí sola, insuficiente para promover una adecuada protección de los derechos colectivos, de manera que sería necesaria

¹¹ Para Taruffo (2014), la reforma de 2009 resultó incompleta porque eran muchas las situaciones en las que los delitos masivos no contaban con protección colectiva y las respectivas acciones individuales eran ineficaces. Predijo que la acción de clase disciplinada en el art. 140-bis del Código del Consumo difícilmente sería aplicable y tendía a ser en gran medida ineficaz. Esta predicción se confirmó desde el punto de vista normativo con la modificación del artículo citado en 2012 y, en 2019, con la inserción de los procedimientos colectivos en el Título VIII-bis del Código de Proceso Civil italiano.

¹² Sobre esa reforma del Código Procesal Civil italiano, véanse Brazzini & Muià (2019), Giuggioli (2019) y Vittoria Barsotti & Giacomo Pailli (2020).

¹³ Sobre la característica comparatista del autor, véase Dondi (2015).

también la posibilidad de imponer condenación en acciones colectivas.¹⁴ En el ámbito de los derechos del consumidor, la atribución de fuerza condenatoria se reguló en 2009 con la inserción del art. 140-bis en el Código del Consumo. No obstante la reforma, aunque reconozca la fuerza condenatoria e inhibitoria en las acciones colectivas, Michele Taruffo (2014) estimó que este sistema de protección rígido sería insuficiente en la medida en que podrían ser necesarias provisiones diversas de la condenación, sin contar que las provisiones condenatorias deben ser sobre situaciones en las cuales la tutela es necesaria.

Uno de los puntos clave que Michele Taruffo (2005) utilizaba para caracterizar los modelos de tutela colectiva se refiere a la legitimidad para demandar. Porque, en el modelo de protección colectiva propio del civil law, se otorga legitimidad a las asociaciones y se prohíbe la acción individual para la defensa de derechos que tengan dimensión supraindividual, como ocurre en el sistema del common law. Asimismo, Michele Taruffo (2005) señalaba que, en Italia, Alemania y Francia, no todas las asociaciones eran legítimas para reclamar tutela colectiva en juicio, porque en estos países existían listas a las cuales las asociaciones deberían necesariamente inscribirse, a fin del control administrativo sobre sus estatutos, su finalidad, su composición y así sucesivamente. Además de un legitimado supraindividual, esta peculiaridad requeriría una autorización burocrática conexas al poder central para promover la salvaguardia colectiva. Esto hace que los derechos colectivos dependan de un ejercicio eficiente de los legitimados extraordinarios para la promoción de la tutela jurisdiccional, quedando los sujetos de derecho afectados por el delito o por el daño a su albedrío, alejados de la posibilidad de promover la defensa de sus propios intereses. No sucede lo mismo en el modelo de acción de clase estadounidense, en la medida en que proporciona a un individuo, considerado particularmente, buscar la protección de los derechos supraindividuales. Sin embargo, advirtió Michele Taruffo (1979) que el simple hecho de atribuir la legitimidad a un individuo no habilita plenamente este ejercicio ya que, en la práctica, él puede carecer de la capacidad económica y organizativa para llevar a cabo una demanda colectiva de forma adecuada. Así, Michele Taruffo (2007) propuso que la legitimidad a los individuos no debe excluir la legitimación de las asociaciones, que a menudo intervienen en las acciones de clase estadounidenses para apoyar las razones de los individuos.¹⁵

Otro aspecto señalado por Michele Taruffo como rasgo peculiar en los modelos de tutela colectiva alude al juez. Esto se debe a que la actuación del magistrado en las class actions estadounidenses es diferente a la desempeñada en demandas individuales. De un juez pasivo, propio del modelo adversarial, tiene protagonismo para adoptar diversas medidas con el fin de adecuar el derecho postulado al proceso. Según Michele Taruffo (2005), el papel del juez estadounidense en tales demandas choca hasta los juristas italianos acostumbrados a un modelo de proceso inquisitorial. La síntesis del pensamiento de Michele Taruffo aparece con bastante claridad en la obra que propone un acercamiento más sistemático al tema, en la cual propuso conclusiones de dos dimensiones. En el primer plan, indicó soluciones para el sistema italiano de tutela

¹⁴ Según Michele Taruffo (2005), el problema de la fuerza condenatoria de los pronunciamientos judiciales en la protección colectiva estaba asociado a la legitimación exclusiva de las asociaciones para demandas de esta naturaleza en la tradición del civil law.

¹⁵ En Italia, la legitimidad activa para presentar una demanda con interés colectivo fue ampliada, en el ámbito del derecho del consumidor en 2009 con la reforma del Código de Consumo por la ley nº 99. Sin embargo, Michele Taruffo criticó el hecho de que, aunque la atribución de legitimidad individual al consumidor que sufre un daño colectivo sea encomiable, no habría ninguna razón para que se eliminase “una legittimazione delle associazioni a far valere i diritti individuali degli appartenenti alla classe, indipendentemente dal conferimento all’associazione di uno specifico mandato da parte del titolare individuale del diritto” (Taruffo, 2014, p. 1.421).

colectiva, mientras que, en el segundo plan, expresó una limitación contextual a las respuestas a los mecanismos existentes (Taruffo, 2007). En el contexto de los ajustes procedimentales, el maestro italiano sugirió dos soluciones para la tutela colectiva italiana. En la primera, recomendó ampliar la legitimidad para la protección colectiva de los individuos – no una legitimación asociativa –, maximizando la probabilidad de que la acción fuese realmente propuesta (Taruffo, 2007). En la segunda sugerencia, propuso que los riesgos ocasionados por la armonización con el modelo norteamericano podrían ser evitados¹⁶ si las demandas fuesen propuestas y decididas por jueces profesionales, impidiendo que se impusiesen daños punitivos y, paralelamente, con averiguación seria y profundizada del nexo causal de manera que “una class action potrebbe essere gestita in modo corretto e ragionevole e si risolverebbe in uno strumento efficace – e nient’affatto mostruoso – per la tutela collettiva dei diritti” (Taruffo, 2007, p. 534).¹⁷

Por otro lado, se observa una advertencia de la obra de Michele Taruffo sobre la limitación contextual de la efectividad de los mecanismos existentes para la tutela colectiva. Esta cortedad surgió de la circunstancia de que las violaciones a los grupos de interés derivadas de acciones económicas y globalizadas coliden con los límites de la soberanía nacional, en la medida en que no había acción de clase transnacional. Conforme lo indicado por Taruffo (2001a), el efecto de la globalización en el ejercicio de la actividad jurisdiccional comporta una acentuación del fenómeno que oportunamente se denominó de deslocalización, o sea, el aflojamiento, y en el extremo la eliminación de la tradicional relación entre jurisdicción, soberanía y territorio del Estado-nación. Este pronunciamiento fue ratificado en su conferencia titulada Notes on the collective protection of rights, impartida en la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en Buenos Aires en el año 2012, en la cual afirmó que, en el mundo globalizado, la administración de justicia y la protección de los derechos no podrían ser considerados, como lo ha sido hasta ahora, como cuestiones que pertenecen únicamente a la soberanía poswefaliana de los países. Una vez establecida la comprensión de Michele Taruffo del proceso colectivo, es posible evaluar si sus preocupaciones fueron percibidas en la elaboración del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y si las ideas resultantes repercutieron en los sistemas nacionales de América Latina.

4. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y las soluciones propuestas por Taruffo: ¿es posible percibir reflejos?

La iniciativa de proponer al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) la elaboración de un código modelo de proceso colectivo tiene origen en Brasil, según Michele Taruffo (2005) el país que tenía el modelo de proceso colectivo más avanzado después de los Estados Unidos de América.¹⁸ Aunque ya existiese un eficiente (micro)sistema de tutela colectiva en Brasil – integrado por la Constitución Federal y un conjunto de leyes dispersas destinadas a la protección de los derechos supraindividuales y el Código de Defensa del Consumidor con la función de armonizarlas –, los procesalistas brasileños aspiraban que hubiese un código procesal colectivo en el país.

¹⁶ Son miedos del sistema americano (presentes, tanto en la tutela colectiva como individual): (i) la presencia del jurado popular y las exageraciones en la condenaciones; (ii) la posibilidad de aplicaciones de punitive damages y (iii) “una notevole disinvoltura delle giure, ma anche dei giudici, nell’acertamento del nesso causale che collega il fatto illecito con il pregiudizio che si attribuisce ai membri della class” (Taruffo, 2007, p. 534).

¹⁷ Sobre los riesgos de asimilación del sistema de resolución de conflictos civiles estadounidense en general, véase Taruffo (2014).

¹⁸ Hasta entonces, ya habían sido elaborados, en el ámbito del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, de 1988, y el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, de 1989.

El primer anteproyecto de codificación, denominado Código de Processo Civil Coletivo, de autoría de Antonio Gidi, salió a la luz en 2002, siendo publicado, al año siguiente, en la Revista de Processo, de Brasil. Aún en 2002, por sugerencia de Antonio Gidi, el IIDP designó una comisión de juristas brasileños, formada por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y el propio Antonio Gidi, para elaborar un anteproyecto de código modelo de procesos colectivos con el fin de inspirar reformas procesales para la efectividad de tutelas colectivas en los países iberoamericanos. Luego de sucesivas discusiones y revisiones, con exposición de motivos elaborada por Roberto Berizonce (Argentina), Ada Pellegrini Grinover (Brasil) y Angel Landoni Sosa (Uruguay), en 2004, por ocasión de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Caracas, se aprobó el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el cual se inspiró en los institutos ya existentes en los países iberoamericanos (con complementación, mejoras y armonizaciones), así como en el sistema de las class actions norteamericanas y el (micro)sistema brasileño, el más evolucionado de América Latina.¹⁹

Aunque hayan sido muy diversas las contribuciones al surgimiento de la tutela colectiva en Brasil aún en los setenta, fue la doctrina italiana la que dio impulso.²⁰ Fue sino por el intercambio permanente consolidado entre los procesalistas italianos y brasileños desde la estada de Enrico Tullio Liebman en Brasil que los debates existentes en Italia sobre el asunto llegaron al Brasil, sobresaliendo la ascendencia de Mauro Cappelletti, quien inclusive estuvo en el país para difundir estas ideas sobre la importancia de instrumentos de protección colectiva. Pese a que aún no fuese el protagonista en los debates que tuvieron lugar en Italia sobre la tutela colectiva, Michele Taruffo integraba aquel grupo de doctrinadores que llamó la atención de los países de tradición romano-germánica sobre el tema. En este sentido, él colaboró directamente para el arborecer de la tutela colectiva en América Latina y, en especial, en Brasil, que más tarde terminó influyendo en la experiencia jurídica de otros países latinoamericanos, máxime a través del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. A más de afirmar que la inspiración de Brasil para la protección fue la doctrina italiana desde los años sesenta, Ada Pellegrini Grinover (2009), procesalista fundamental en la construcción del (micro)sistema de tutela colectiva en Brasil, declaró expresamente a Michele Taruffo como uno de los referenciales, al lado de Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Andrea Proto Pisani y Vincenzo Vigoriti. De la misma forma, reconoció Gidi (2004) que la acción colectiva brasileña tiene sus orígenes en los trabajos académicos realizados en Italia en la década de los setenta, cuando un grupo de profesores italianos estudiaron las acciones colectivas norteamericanas y publicaron artículos y libros sobre el tema. Y manifestó que los trabajos de Italia de mayor influencia en Brasil acerca de la materia fueron escritos por Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti y Michele Taruffo, primer jurista del civil law a escribir sobre las acciones de clase norteamericanas en el año de 1969.

Se subraya que, en la segunda mitad de la década de 1990, Michele Taruffo se unió a Geoffrey Hazard Junior, entonces director del American Law Institute (ALI), en el proyecto que tenía la finalidad de estipular reglas procesales transnacionales. Este proyecto contó con la colaboración de Antonio Gidi (primero como relator adjunto y

¹⁹ Sobre el Código Modelo, véanse Gidi & Ferrer Mac-Gregor (2008) y Grinover (2011).

²⁰ Es importante resaltar que esta análisis se refiere únicamente a las acciones colectivas concebidas como tales con el propósito de brindar la protección de derechos supraindividuales e individuales homogéneos, sin tener en cuenta, por esa razón, la acción popular y otras acciones capaces de generar efectos ultra partes o erga omnes, como las de control de constitucionalidad.

después como relator asociado), lo que naturalmente favoreció la difusión de ideas de Michele Taruffo entre los académicos brasileños. En el inicio de 1999 se incorporó al proyecto The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), generando la publicación de varios trabajos preparatorios de Michele Taruffo en coautoría con Geoffrey Hazard Junior, Rolf Stürner y el brasileño Antonio Gidi que culminarían en la publicación, en 2005, por la Cambridge University Press, del libro *Principles of Transnational Civil Procedure*.²¹ Es importante percibir que Antonio Gidi, idealizador del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y uno de los integrantes de la comisión de juristas que elaboró el anteproyecto, trabajó directamente con Michele Taruffo, siendo, muy posiblemente, influenciado por esta experiencia. Si el ser humano es la síntesis de sus encuentros, de manera indirecta Michele Taruffo estuvo presente en la formación del Código Modelo, sino en las soluciones aportadas, al menos en el método. Tanto así es que Antonio Gidi se convirtió en el procesalista brasileño más dedicado al estudio de las acciones colectivas norteamericanas, con numerosos trabajos publicados.

Más al momento de la publicación de las principales leyes del (micro)sistema de tutela colectiva en Brasil, aún no existían estudios sobre las acciones de clase estadounidenses. Este hecho es particularmente significativo porque, de la lectura de la doctrina brasileña producida en torno a los procesos colectivos, se desprende que, desde su origen, se construyó a partir de los textos doctrinales de Italia, y no directamente del derecho estadounidense.²² En otras palabras, las class actions aportaran en Brasil a través de los doctrinadores italianos, entre ellos Michele Taruffo, quien se había dedicado, desde el inicio de sus estudios con Vittorio Denti, a examinar el proceso norteamericano, incluso las acciones de clase. Resalta Gidi (2004) que, aun cuando el debate de las acciones colectivas comenzó en Brasil desde 1977, los primeros estudios sobre las acciones colectivas que utilizaron fuentes norteamericanas fueron publicados en los años noventa,²³ empezando solamente después de 1995 un acercamiento directo y sistemático de las fuentes estadounidenses. Sin embargo, el distanciamiento metodológico de las fuentes originales, sumado a la influencia indirecta a través de textos italianos, parece haber sido benéfico para el Brasil, porque proporcionó a sus procesalistas la oportunidad de desarrollar un sistema original de acción colectiva adaptado a la tradición del civil law (Gidi, 2004).²⁴ Por lo tanto, en vista de la vasta producción sobre el derecho procesal estadounidense, Michele Taruffo no solo colaboró, junto con otros expertos procesales italianos, para incitar los debates sobre la tutela colectiva en Brasil y otros países de América Latina, sino también desempeñó un papel fundamental como traductor del sistema de las class actions, permitiendo la creación de un sistema híbrido de tutela colectiva que prevalece en la América Latina.

Comprobada la influencia de Michele Taruffo en la doctrina brasileña responsable por la formación del (micro)sistema de tutela colectiva del país y por la redacción del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, se pasa a investigar si las soluciones propuestas por él para el proceso colectivo tienen eco en el Código Modelo: (1) la legitimidad para la protección colectiva

²¹ Véase, por ejemplo, Hazard Junior, Stürner, Taruffo & Gidi (2002) sobre principios fundamentales del proceso civil transnacional.

²² Destaca Antonio Gidi (2004) que, a pesar de una pequeña contribución de la literatura francesa y alemana, la influencia de los juristas italianos siempre predominó en Brasil en el tema de las acciones colectivas.

²³ El primer trabajo sobre class action en Brasil fue producido por José Rogério Cruz e Tucci en el año 1990.

²⁴ Véanse al respecto Gidi (2004, 2007) y Grinover (2006).

de los individuos debe ser expandida, maximizando la probabilidad de que la acción sea propuesta; (2) la protección colectiva debe abarcar una amplia gama de derechos supraindividuales; (3) la sentencia en una acción colectiva debe proporcionar efectos condenatorios, no solamente inhibitorios; y (4) la administración de justicia y la protección de los derechos no podrían ser considerados como cuestiones que pertenecen únicamente a la soberanía de los países. En cuanto a la legitimación para postular protección colectiva, en la propia exposición de motivos el Código Modelo no deja dudas de que debe ser la más abierta posible, con legitimación concurrente y autónoma, admitiendo el litisconsorcio entre los legitimados (IIBDP, 2004). En conformidad con el artículo 3º del Código Modelo, deben tener legitimidad activa las personas físicas, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública, las personas jurídicas de derecho público interno, las entidades y órganos de la Administración Pública (directa o indirecta, aún aquellos sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por el Código), las entidades sindicales (para la defensa de los intereses y derechos de la categoría), las asociaciones (legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en el Código) y los partidos políticos (para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales). En ese punto, el Código Modelo está en línea con el pensamiento de Taruffo, especialmente en lo que respecta a su expansión a individuos para la salvaguardia de intereses o derechos supraindividuales e individuales homogéneos.

El Código Modelo también consagró que la protección colectiva debe abarcar una amplia gama de derechos colectivos, sin limitar el amparo, por ejemplo, a derechos relativos al medio ambiente o al consumidor. Él estatuye que la acción colectiva debe tutelar los derechos supraindividuales en general (llamados en el texto de “difusos”), así como los derechos individuales homogéneos.²⁵ El mismo alineamiento de concepción se percibe en cuanto a la posibilidad de obtener efectos condenatorios en disposiciones resultantes de tutelas colectivas. Además de velar por la protección de las obligaciones de hacer, no hacer y dar (arts. 6º y 7º), el Código Modelo prevé la acción de indemnización en la cual la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado revertirá a un fondo cuya finalidad es destinar los recursos obtenidos a la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado (art. 8º). Y cuando trata de los procesos colectivos para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos, el Código Modelo determina la posibilidad de dictar sentencia condenatoria genérica, en cuyo caso debe fijar la responsabilidad del demandado por los daños causados, permitiéndose la indemnización individual y la ejecución de los daños, así como su ejecución colectiva (arts. 22 a 24).

Esas tres premisas del modelo colectivo de proceso de Michele Taruffo acogidas en el texto del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica – (1) la legitimidad activa amplia para maximizar la posibilidad de enjuiciamiento de la acción

²⁵ Aunque inspirada en la clasificación del derecho procesal brasileño, que reconoce como colectivos los derechos individuales homogéneos para fines de protección colectiva, el Código Modelo denominó simplemente de difusos los derechos y intereses supraindividuales, sin distinguir, como en Brasil, los difusos (de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho) de los colectivos stricto sensu (de naturaleza indivisible, de que sea titular grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base).

colectiva; (2) la protección colectiva de derechos supraindividuales en general; y (3) la amplitud de los efectos de la sentencia colectiva – vienen siendo consideradas en América Latina con el objetivo de crear o desarrollar el sistema de tutela colectiva por medio del Código Modelo, sea por alteraciones o innovaciones legislativas, sea por la vía jurisprudencial. De la lectura de los informes nacionales acerca de los procesos colectivos en Iberoamérica presentados durante las XXV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en 2016 en la playa brasileña de Porto de Galinhas,²⁶ si percibe que en muchos países latinoamericanos queda un largo camino por recorrer antes de llegar a un eficiente sistema procesal de tutela colectiva, pues nada evolucionaron o evolucionaron muy poco. Por otro lado, hay países que lograron avances importantes, a menudo inspirados en el Código Modelo, incluidas las ideas defendidas por Michele Taruffo. Ejemplo de eso es Argentina, que viene construyendo un sistema similar al del Código Modelo con una fusión de las reglas brasileñas y estadounidenses (Verbic, 2016).²⁷ En línea con el pensamiento de Michele Taruffo, amplió la legitimidad activa, incluso para persona física como representante del grupo, la gama de derechos protegidos colectivamente y los efectos de la sentencia. En mismo sentido es el moderno Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil de Perú (2021) en la disciplina del derecho colectivo. Eso confirma los efectos prospectivos del Código Modelo, el cual sigue siendo una referencia destacada para los países de América Latina.

A pesar de constituir un anteproyecto transnacional, el Código Modelo no se preocupó, como Michele Taruffo, por los conflictos colectivos que trascienden los límites jurisdiccionales de un país. La disposición normativa que valora algún aspecto del alcance geográfico del daño colectivo se restringe a definir la competencia territorial para el juzgamiento. Según el artículo 9º del Código, debe ser competente para procesar y juzgar la causa el juez del lugar donde hubiere ocurrido o pudiera ocurrir el daño, cuando sea de ámbito local, o la Capital, para los daños de ámbito regional o nacional. La omisión del Código Modelo y de los derechos internos no significa que no existan conflictos colectivos transnacionales. Al contrario, cada vez más se los nota con mayor intensidad. Un ejemplo relevante es el caso de las “papeleras”, referente a un conflicto sobre la construcción de plantas de celulosa en el Río Uruguay, fronterizo con Argentina. A despecho del fondo de la controversia, pues el conflicto establecido involucra prima facie intereses entre países, el hecho es que también se establecieron violaciones de intereses supraindividuales de personas pertenecientes a diferentes países, sin que uno de ellos pudiera hacer valer efectivamente su jurisdicción para proteger tales derechos.²⁸ Desde el punto de vista de los derechos colectivos, varios impactos resultan, o podrían surgir, del litigio en cuestión. Se pueden mirar todas las evidencias potenciales de violación del medio ambiente a través de la contaminación fluvial y atmosférica en la región de las plantas industriales, daño que afectaría, de manera difusa o no, a un universo de ciudadanos argentinos y uruguayos. Considerando una protección colectiva que no es transnacional, como recomienda Taruffo, tales derechos no encuentran protección. Limitándose a un conflicto internacional entre dos países, deja en un

²⁶ Una de las preguntas que tuvo que responder cada relator nacional fue sobre las principales innovaciones o cambios legislativos y jurisprudenciales relacionados con el proceso colectivo en su país luego de la edición del Código Modelo y cuál fue su influencia en estos cambios. Véase Lucon (2016).

²⁷ Según Verbic (2016), sea de modo expreso, sea en modo implícito, la influencia del Código Modelo en el desarrollo del derecho argentino ha sido profunda y incluso el Código es por veces invocado como fuente de derecho por la jurisprudencia.

²⁸ Ante la imposibilidad de una respuesta jurisdiccional en el derecho interno de los países, en 2006 la Argentina presentó una demanda contra Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia, alegando que debería haber otorgado la autorización para la construcción de plantas frente a tratados internacionales firmados entre países, lo que no se habría producido. El caso fue juzgado el 20/04/2010, pero el resultado no es relevante para las conclusiones de este artículo. Véase el fallo n° 177 en ONU (2015, pp. 113-144).

segundo plano los intereses y derechos de las personas sujetas a los efectos del conflicto.

5. Conclusión

Si en 1980 Michele Taruffo se preocupó en mapear la trayectoria de la justicia civil italiana desde los setecientos, posiblemente en aquel momento no tenía la dimensión del prestigio que él mismo tendría en los ordenamientos procesales de diversos países en los años siguientes, incluso de América Latina. Es seguro que muchos latinoamericanos tuvieron la oportunidad de estudiar o al menos convivir académicamente con Michele Taruffo en la Università degli Studi di Pavia o en otras universidades que fue profesor visitante, así como en las entidades y asociaciones académicas que integró a lo largo de la vida. Muchos latinoamericanos igualmente tuvieron la oportunidad de asistir a conferencias del maestro en el viejo o en el nuevo continente, donde venía con frecuencia. Al lado de procesalistas italianos históricos como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Enrico Tullio Liebman y Mauro Cappelletti, Michele Taruffo se convirtió en uno de los juristas extranjeros más publicados y citados en América Latina, comprobando el alto impacto de su producción académica por aquí. Es relevante mencionar la importancia de la existencia de varias traducciones de sus textos para el español y portugués, ya que eso permitió superar la barrera del idioma, propiciando influjo de un número superior de personas. Por lo tanto, el diálogo ya establecido por un universo restringido de investigadores (que tenían acceso a las obras extranjeras) ganó mayor alcance y popularidad, desbordando las respectivas ideas desde el ambiente estrictamente académico para un escenario más amplio, como en actividades jurídicas y hasta legislativas.

Durante la investigación se averiguó que se puede entender desde cuatro perspectivas la relevancia de Michele Taruffo en la temática del proceso colectivo. La primera se refiere al hecho de tener integrado el desarrollo del debate académico en Italia en torno de los derechos difusos y colectivos a partir de los fines de la década del sesenta, juntamente con otros renombrados juristas como Vittorio Denti, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Federico Carpi, Roberto Pardolesi, Giovanni Tarello y Vincenzo Vigoriti, alertando sobre la insuficiencia de los sistemas de tradición jurídica romano-germánica para tutelarlos. La segunda remite a su papel como traductor del régimen de las class actions estadounidenses desde la perspectiva de un investigador contextualizado en el sistema del civil law. La tercera concierne a la presentación de críticas a puntos centrales de la tutela colectiva a partir de la experiencia italiana, en particular la defensa de la necesidad de extensión de la legitimación activa para aumentar la posibilidad de enjuiciamiento de la acción colectiva, la protección colectiva de derechos supraindividuales en general y la amplitud de los efectos de la sentencia colectiva. Y, en la cuarta perspectiva, se puede encontrar en una visión prospectiva de la incapacidad del modelo existente en el mundo ante la masificación global de los conflictos colectivos y de la fragmentación (y multiplicidad de soluciones) de la tutela colectiva en el ámbito de las jurisdicciones nacionales.

Para seguir un camino seguro, y mínimamente demostrable, de la influencia de Michele Taruffo en América Latina con respecto de la tutela colectiva, se prefirió al principio presentar sus estudios publicados sobre el tema a fin de evidenciar los

contenidos y la difusión. Desde esa biobibliografía, se confirmó que Taruffo, quien tanto contribuyó al Derecho Procesal de forma explícita en algunos asuntos, también fue importante para el comienzo del desarrollo de la tutela colectiva en Latinoamérica. Él integraba el grupo de doctrinadores en Italia que llamó la atención de los países de tradición romano-germánica sobre el tema, colaborando, por consiguiente, directamente para el despertar sobre el problema en América Latina y, en especial, en Brasil, donde los debates académicos proporcionaron sin demora resultados prácticos efectivos. Apoyado en el sistema de las acciones de clase estadounidenses, se concibió en Brasil un modelo híbrido compatible con su tradición jurídica. Y he aquí una segunda influencia fundamental de Michele Taruffo en América Latina: la contribución a la conformación de este (micro)sistema sui generis de tutela colectiva brasileño. Como aún no existían estudios sobre las class actions en Brasil, la base del (micro)sistema de tutela colectiva brasileño se construyó a partir de los textos doctrinales de Italia, entre ellos de Michele Taruffo. Y esa cognición oblicua de las acciones de clase norteamericanas proporcionó a los procesalistas brasileños desarrollar un eficiente (micro)sistema de acción colectiva que amparó el anteproyecto del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el cual fue – y es – referencia en los países latinoamericanos en las reformas procesales mirando la efectivización de las tutelas colectivas.

Por esta razón, en virtud de su producción sobre el derecho procesal estadounidense, Michele Taruffo no sólo colaboró para suscitar los debates sobre la tutela colectiva en Brasil y otros países de América Latina, sino también desempeñó un papel sustancial como traductor del sistema de las class actions, permitiendo la creación de un (micro)sistema sui generis de tutela colectiva en Brasil que prevalece en la América Latina, sobre todo por intermedio del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica que, inspirado en el modelo brasileño, también adoptó un sistema híbrido. Además, muchos procesalistas latinoamericanos estudiaron el sistema de las class actions norteamericanas a partir de los textos de Michele Taruffo. En este sentido, sus obras de derecho comparado americano favorecieron para que pudiesen analizar el sistema jurídico estadounidense y construir, a partir de él, del Código Modelo de Procesos Colectivos y/o directamente del (micro)sistema híbrido de tutela colectiva brasileño, soluciones a los conflictos colectivos en sus países considerando la realidad local y la compatibilidad con la tradición romano-germánica. Así, si no como promotor de soluciones desde el derecho italiano al derecho latinoamericano, el trabajo de Michele Taruffo sirvió como medio para entender el sistema estadounidense, esto es, como una interpretación del sistema. Sin embargo, preocupado con la realización de los derechos sociales, él también dejó un legado propositivo en cuanto a las formas de tutela colectiva. Al menos tres premisas de su modelo colectivo de proceso vienen siendo consideradas en el desarrollo de la tutela colectiva en América Latina, como se constata, v.g., del reciente Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil de Perú.

No obstante el método de comparación de derechos orientado a la solución de problemas prácticos, es posible que Michele Taruffo haya transversalmente dejado otros buenos frutos para la tutela colectiva latinoamericana. Su pensamiento, y su influencia a nivel general, encuentra alineación en la idea de armonización de los sistemas jurídicos. Basta recordar su labor a fines de la década del noventa en el proyecto del American Law Institute (ALI) y The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) para formar los Principles of Transnational Civil Procedure y Transnational Rules of Civil Procedure. Como gran parte de los países de América Latina

aún no tiene un sistema completo de protección colectiva, por la calidad y consistencia de su pensamiento, Michele Taruffo contribuirá probablemente por mucho tiempo para la evolución y consolidación de la tutela colectiva latinoamericana, sea en términos doctrinales, académicos, legislativos o jurisprudenciales. Y hasta para los países latinoamericanos en que las acciones colectivas son una realidad común en todos los niveles del sistema judicial, al menos una enseñanza del maestro deberá ser observada futuramente. Al alertar sobre las limitaciones de las acciones colectivas delante de las fronteras definidas por los Estados y del surgimiento de conflictos que no las respetan, Michele Taruffo indicó la necesidad de ampliación del proceso de armonización jurídica, tanto a nivel individual como colectivo. En un mundo globalizado, multilateral, de creciente virtualización de las relaciones y tendencias de regionalización y jurisdiccionalización en el Derecho Internacional, es cuestión de tiempo para que nazca una acción colectiva supranacional en el continente.

Bibliografía:

- Aramburo Calle, M. A. (2020). Decisión judicial y prueba en la obra de Michele Taruffo (Tesis de Doctorado, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado, Universidad de Alicante). Recuperado (06/08/2021) desde <http://hdl.handle.net/10045/110607>.
- Argentina. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nº H.270.XLII, de 24 de febrero de 2009 (Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873, dto 1563/04 s/amparo ley 16.986). Recuperado (06/08/2021) desde <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-halabi-ernesto-pen-ley-25783-dto-1563-04-amparo-ley-16986-fa09000006-2009-02-24/123456789-600-0009-0ots-eupmocsollaf>.
- Bejarano Guzmán, R. (2016). Colombia. In P. H. dos S. Lucon, R. de C. Aprigliano, J. P. H. da Silva, R. Vasconcelos & A. Orthmann (Coords.), *Processo em jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual* (pp. 1.249-1.254). Salvador, Brasil: Juspodivm.
- Brazzini, S. & Muià, P. P. (2019). *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Cappelletti, M. (1976). *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o difusi* (In *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di Studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974) (pp. 191-221). Padova, Italia: Cedam.
- Cappelletti, M. (Ed.). (1978/1979). *Access to justice* (Vols. 1-4). Milan, Italia: Giuffrè. Alphen aan den Rijn, Nederland: Sijthoff & Noordhoff.
- Carpi, F. (2015, marzo). Michele Taruffo fra diritti nazionali, comparazione e teoria generale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 69 (1), 43-53.
- Cruz e Tucci, J. R. (1990). *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Dinamarco, C. R. (2005). *Liebman e a cultura processual brasileira*. In F. L. Yarshell & M. Z. Moraes (Orgs.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (pp. 487-512), São Paulo, Brasil: Dpj.
- Dondi, A. (2015, giugno). Taruffo comparatista. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 69 (2), 485-518.
- Gidi, A. (2003, julho/setembro). Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. *Revista de Processo*, 28 (111), 192-208.
- Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil* (L. Cabrera de Acevedo, trad.). In *Doctrina Jurídica*, 151, Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gidi, A. (2007). *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.
- Gidi, A. (2008). *Rumo a um Código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*. Rio de Janeiro, Brasil: Forense.
- Gidi, A. & Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.) (2008). *Código Modelo de Procesos Colectivos: comentarios artículo por artículo: un dialogo iberoamericano*. Ciudad de México, México: Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Giuggioli, P. F. (2019). *L'azione di classe: un nuovo procedimento collettivo*. Milano, Italia: Cedam.
- Giussani, A. (2015, marzo). *Un convegno oltre i confini sull'avventura intellettuale di Michele Taruffo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 69 (1), 367-368.
- Grinover, A. P. & Watanabe, K. (2006, outubro). *Recepção e transmissão de institutos processuais civis*. *Revista de Processo*, 31 (140), 143-154.
- Grinover, A. P. (2009, march). *Brazil*. In *The Annals of the American Academy of Political and Social Science: the globalization of class actions*, 622 (pp. 63-67), Philadelphia, USA: Sage Publications. Recuperado (06/08/2021) desde <https://doi.org/10.1177/0002716208328446>.
- Grinover, A. P. (2011). *Relatório geral - civil Law: os processos coletivos nos países de civil law*. In A. P. Grinover, K. Watanabe & L. Mullenix, *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado* (2a ed., pp. 21-249). São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.
- Grinover, A. P., K. Watanabe & L. Mullenix (2011). *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.
- Grinover, A. P., Benjamin A. H., Wambier, T. A. A. & Vigoriti V. (Orgs.) (2014). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.
- Hazard Junior, G. C. & Taruffo, M. (1993a). *American civil procedure: an introduction*, New Haven, USA: Yale University Press.
- Hazard Junior, G. C. & Taruffo, M. (1993b). *La giustizia civile negli Stati Uniti*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Hazard Junior, G. C. & Taruffo, M. (2001, abril-junho). *Normas transnacionais de processo civil* (trad. de A. Gidi). *Revista de Processo*, 26 (102), 197-218.
- Hazard Junior, G. C., Stürmer, R., Taruffo, M. & Gidi, A. (2002, dezembro). *Principios fundamentales del proceso civil transnacional*. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, 7 (26), 754-760.

- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (2004). Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. Recuperado (04/08/2021) desde <http://www.iibdp.org/es/codigos-modelo/>.
- Lucon, P. H. dos S., Aprigliano, R. de C., Silva, J. P. H. da, Vasconcelos R. & Orthmann, A. (Coords.). (2016). *Processo em jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador, Brasil: Juspodivm.
- Marinoni, L. G. & Mitidiero, D. (2015). Apresentação. In Taruffo, M., A motivação da sentença civil (D. Mitidiero, R. Abreu & V. de P. Ramos, trad.). São Paulo, Brasil: Marcial Pons.
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia: 2008-2012. Nueva York, Estados Unidos: Naciones Unidas. Recuperado (11/08/2021) desde <https://www.icj-cij.org>.
- Pereira Campos, S. (2016). Uruguai. In P. H. dos S. Lucon, R. de C. Aprigliano, J. P. H. da Silva, R. Vasconcelos & A. Orthmann (Coords.), *Processo em jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual* (pp. 1.255-1.261). Salvador, Brasil: Juspodivm.
- Perú. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). Proyecto del nuevo Código Procesal Civil. Lima, Perú: Biblioteca Nacional del Perú, Tarea Asociación Gráfica Educativa. Recuperado (06/08/2021) desde <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1942518-proyecto-del-nuevo-codigo-procesal-civil>.
- Robilant, E. di (1970). Modelli nella teoria del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 24, 705-721.
- Taruffo, M. (1969). I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. *Rivista di Diritto Processuale*, 24 (2), 609-636.
- Taruffo, M. (1976). [intervento]. In *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di Studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)* (pp. 330-336). Padova, Italia: Cedam.
- Taruffo, M. (1979). *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*. Padova, Italia: Cedam.
- Taruffo, M. (1981, January). The lawyer's role and the models of civil process. *Israel Law Review*, 16 (5). Recuperado (06/08/2021) desde <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/ISR>.
- Taruffo, M. (2001a). Some remarks on group litigation in comparative perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 11(2), 405-422.
- Taruffo, M. (2001b). Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali. *Il Foro Italiano*, 124 (11), 345-346/359-360.
- Taruffo, M. (2001c). Note sulla dimensione transnazionale delle controversie civil. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 55 (4), 1.055-1.069.
- Taruffo, M. (2005, julio/diciembre). Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos (J. C. Guayacán Ortiz, trad.). *Revista de Derecho Privado*, 9, 23-33.
- Taruffo, M. (2007, giugno). La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 61 (2), 529-537.
- Taruffo, M. (2010, março). Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade (H. Zaneti Junior, trad.). *Revista de Processo*, 35 (181), 167-172.
- Taruffo, M. (2011, março). La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 65 (1), 103-123.
- Taruffo, M. (2014). Globalizing procedural justice: some general remarks. *Revista de Processo*, 39 (237), 459-472.
- Taruffo, M. (2015). A motivação da sentença civil (D. Mitidiero, R. Abreu & V. de P. Ramos, trad.). São Paulo, Brasil: Marcial Pons.
- Verbic, F. (2012, julho). I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: procesos colectivos/class actions. *Revista de Processo*, 37 (209), 397-401.
- Verbic, F. (2016). Argentina. In P. H. dos S. Lucon, R. de C. Aprigliano, J. P. H. da Silva, R. Vasconcelos & A. Orthmann (Co ords.), *Processo em jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual* (pp. 1.064-1.101). Salvador, Brasil: Juspodivm.
- Vigoriti, V. (1979). *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano, Italia: Giuffrè.
- Vitoreli, E. (2017). Processo coletivo. In C. F. Campilongo, A. de A. Gonzaga & A. L. Freire (Coords.), *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, t. Direitos Difusos e Coletivos*, coord. de N. Nery Junior, G. Abboud & A. L. Freire. São Paulo, Brasil: Pontifica Universidade Católica de São Paulo. Recuperado (06/08/2021) desde <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>.
- Vittoria Barsotti, F. de D. & Giacomo Pailli, V. V. (Eds.) (2020). *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*. Torino, Italia: Giappichelli.
- Zaneti Júnior, H. (2019, janeiro/junho). Processo coletivo e Constituição: a aplicação direta do CPC 2015 ao microsistema dos processos coletivos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 5 (9), 371-405.

Justicia multipuertas y tutela constitucional adecuada: autocomposición en los derechos colectivos

Multi-door justice and adequate constitutional protection:
self-composition in collective rights

Hermes Zaneti Jr.^{1 2}

Resumen: La búsqueda por la tutela de los derechos adecuada, tempestiva y efectiva, exige la adecuación del acceso a la tutela, ocurriendo un paso necesario de la justicia estatal imperativa, con la aplicación del Derecho objetivo como única finalidad del modelo de justicia, para la aplicación de la justicia de coexistencia, una mending justice. Surgen nuevas formas de acceso: la justicia se vuelve una justicia multipuertas. En el proceso colectivo, no es posible que haya renuncia al derecho sobre el que se funda la acción colectiva, que no es de titularidad del legitimado extraordinario colectivo, sino del grupo; es posible, en Brasil, la autocomposición en el proceso colectivo. La autocomposición tendrá límites más rigurosos, por no ser ellos los propios titulares del derecho que vehiculan la acción. El artículo desarrolla el tema de la autocomposición colectiva a través de la elucidación de los institutos de autocomposición aplicados al proceso colectivo.

Palabras clave: Proceso colectivo; Autocomposición; Justicia multipuertas; Adecuación.

Abstract: The search of adequate, timely and effective protection of rights requires the adaptation of access to protection, moving from an adjudicated state justice, which has as the sole purpose of the justice model the application of objective law, to application of a justice of coexistence, a mending justice. New forms of justice access emerge: justice becomes multi-door justice. In the collective process, it is not possible to waive the right on which the collective action is based, cause the collective plaintiff is not the right holder, but the group; it is possible, in Brazil, self-composition in the collective process. The self-composition will have more rigorous limits, since the negotiation has no participation of the right holders. The article develops the theme of collective self-composition through the elucidation of self-composition institutes applied to the collective process.

Keywords: Collective process; Self-composition; Multi-door justice; Adequacy.

¹ Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. es Profesor Titular de Procedimiento Civil y Teoría General del Derecho Procesal en la Universidad Federal de Espírito Santo, Brasil. Fiscal del Estado de Espírito Santo, Brasil. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL), del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) y del Instituto Brasileño de Derecho Procesal (IBDP).

² N.del E. La versión publicada es la versión en castellano presentada por el autor a la que apenas se han introducido ajustes menores para favorecer la comprensión. La Revista de Interés Público intenta fomentar el diálogo más allá de las barreras idiomáticas por lo que tiene una política editorial abierta en este sentido.

1. Generalidades. La justicia multipuertas (multidoorjustice) como justicia adecuada

El proceso civil está pasando por una radical transformación.

La justicia estatal clásica, adjudicada por el juez, no es más el único medio adecuado para la solución de conflictos. Al lado de esta justicia de puerta única, surgen nuevas formas de acceso: la justicia se vuelve una justicia multipuertas (Sanders, 1979).³

En esta nueva justicia, la solución judicial deja de tener la primacía en los litigios que permiten la autocomposición y pasa a ser ultima ratio, extrema ratio (Marinoni et al., 2015; Andrews, 2007). La idea de adecuar el acceso a la justicia a los derechos es defendida internacionalmente. La justicia no estatal no es sólo alternativa, pero, en determinados casos, es la justicia más adecuada. El principio que proporciona esta posibilidad es justamente el principio de adecuación. Así, del acceso a la justicia de los tribunales pasamos al acceso a los derechos por la vía adecuada de composición, de la misma forma que, en el campo del proceso, migramos de la tutela procesal, como fin en sí mismo, para la tutela de los derechos, como finalidad del proceso.

La doctrina reafirma esta mudanza, que significa, además de la necesidad de adecuación de la justicia, la emergencia de la atipicidad de los medios de solución de conflictos: "el derecho de acceso al Derecho, pilar fundamental del Estado de Derecho, viene sufriendo profundas transformaciones. Dejó de ser un derecho de acceso al Derecho a través del derecho de acceso a los tribunales para pasar a ser un derecho de acceso al derecho, de preferencia sin contacto o sin paso por los tribunales [...] Ahora, el derecho de acceso a los tribunales es un derecho de retaguardia, siendo su ejercicio legítimo antecedido de una serie de filtros" (Costa e Silva, 2009, p. 19/21)⁴.

La búsqueda por la tutela de los derechos adecuada, tempestiva y efectiva, exige la adecuación del acceso a la tutela, ocurriendo un paso necesario de la justicia estatal imperativa, con la aplicación del Derecho objetivo como única finalidad del modelo de justicia, para la aplicación de la justicia de coexistencia, una mending justice (una justicia capaz de remendar el tejido social), enfocada en la pacificación y la continuidad de la convivencia de las personas, en la condición de individuos, comunidad o grupos involucrados (Cappelletti, 2010).

2. De lo alternativo a la adecuación

Lo que importa actualmente, como fue visto, ya no es colocar el sello de lo "alternativo" a todo lo dudoso que sea puesto a la conciliación o a la mediación.

Primeramente, hay que respetar la elección de los interesados y garantizar que se haga en igualdad de condiciones (principios de la autonomía de la voluntad y de la decisión informada, previstos en el artículo 166 del CPC).

³ La experiencia de la *Multi-door Courthouse* fue sugerida en 1976 por Frank Sander, Profesor Emérito de *Harvard Law School*, ya citado por (Venturi, 2016). Vale recordar, como hizo Eduardo Oteiza, que el origen del discurso norteamericano sobre los medios alternativos para la solución de los problemas judiciales ya se encontraba en POUND, Roscoe. The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice, <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>, acceso en 22.03.2016, presentado en la *Annual Convention of the American Bar Association*, en 1906, (Oteiza, 2019). Sobre la influencia da cultura en el proceso, en especial en lo referente a los sistemas de resolución de conflictos afirma la doctrina: "los sistemas de resolución de disputas no existen en la naturaleza - ellos son creados por el ser humano y tienen especificidad cultural [...] el proceso es una de las más importantes instituciones a través de las cuales la construcción de la vida social opera." (Chase, 2014, p. 191).

⁴Sobre el principio de atipicidad, ídem, p. 24.

Después, hay que considerar la "adecuación" del medio - y su "alternatividad".⁵

A los ojos del CPC no hay superioridad de la justicia estatal en relación a los demás medios de solución de controversias.

Como afirmó la doctrina:

La única relación que, en un Estado de Derecho, puede legítimamente existir es una relación de adecuación. La mediación y la conciliación serán modos legítimos de resolución de conflictos si son los modos adecuados de resolución de estos conflictos. Esta observación no es inconsecuente pues repercute efectos sobre la compatibilidad constitucional de soluciones que impliquen la creación de obstáculos procesales o desventajas patrimoniales en el acceso a los tribunales (Costa e Silva, 2009, p. 35).

Este movimiento ocurrió en el marco de la tutela de los derechos individuales; así, nos preguntamos: ¿podemos negar este proceso de evolución de los mecanismos de prestación jurisdiccional en la justicia colectiva? En el proceso colectivo no es ni podría ser diferente. Aunque cuide de derechos indisponibles, cabe autocomposición en causas colectivas, no hay duda.

Recientemente, como veremos a seguir, las alteraciones legislativas en el Derecho brasileño reforzaron la previsión ya existente en la acción civil pública, que era la regla general en la materia (art. 5º, § 6º, Ley nº 7.347/1985).

3. De la posibilidad de autocomposición en los procesos colectivos y de la imposibilidad de renuncia al derecho en que se funda la acción colectiva

En el derecho brasileño no es posible que haya renuncia al derecho sobre el que se funda la acción colectiva, que no es de titularidad del legitimado extraordinario colectivo, sino del grupo; es posible, sin embargo, considerar el reconocimiento de la procedencia del pedido, por tratarse de beneficio para el grupo - salvo en casos de situaciones jurídicas colectivas pasivas, en que la tónica de la indisponibilidad se mantiene, pues situaciones jurídicas colectivas estarán en el polo pasivo del proceso.

En consecuencia, no se puede negar que hoy, en Brasil, la autocomposición en el proceso colectivo se ha vuelto muy común, no obstante la regla del art. 841 del Código Civil.⁶

⁵ El CPC trata la adecuación y la flexibilidad de los procedimientos como una de sus premisas para alcanzar el objetivo de la tutela adecuada y efectiva. A diferencia del CPC-1973, en el cual el proceso y el procedimiento eran considerados normas de orden público, de carácter obligatorio e inderogable por las partes y por el juez, lo que acarreaba una serie de nulidades absolutas por inversión o alteración procedimental, el CPC actual permite a las partes y al juez establecer el procedimiento que más se ajuste a la solución del litigio, siendo controlada la elección por su capacidad de proveer en la adecuada solución, criterio material de adecuación al derecho tutelado, y no por un criterio formal de adecuación. En la doctrina, defendiendo el principio de la adecuación y apuntando incluso algunas de las principales críticas al sistema multipuertas, en especial, las dificultades culturales de los operadores brasileños, la necesidad de calificar y preparar a los profesionales para el ejercicio de la mediación y de la conciliación, la creación de centros para las sesiones de mediación y audiencias de conciliación, etc. (Almeida, 2011; NETO, 2015).

⁶ Art. 841 del Código Civil: "Solo en cuanto a derechos patrimoniales de carácter privado se permite la transacción". El CPC prefiere la autocomposición a la transacción, aunque todavía se refiere al término tradicional del derecho civil cuando habla de las hipótesis de extinción del proceso con juicio de mérito (art. 487, III, b, CPC), impugnación de lo ejecutado (art. 525, § 1º, VII y 535, VI, CPC) y título ejecutivo extrajudicial (art. 784, IV, CPC). En todas estas hipótesis debemos preferir la terminología más amplia y actual, sustituyendo la transacción por autocomposición. La transacción sigue existiendo, por obvio, pero es un negocio jurídico vinculado a concesiones recíprocas, inadmisibles

El estímulo a la autocomposición incluso resultó en la edición de Resolución del CNMP sobre el Compromiso de Ajuste de Conducta, Res. nº 179, la cual prevé expresamente que:

"Art. 1. El compromiso de ajuste de conducta es un instrumento de garantía de los derechos e intereses difusos y colectivos, individuales homogéneos y otros derechos de cuya defensa está encargado el Ministerio Público, con naturaleza de negocio jurídico que tiene por finalidad la adecuación de la conducta a las exigencias legales y constitucionales, con eficacia de título ejecutivo extrajudicial a partir de la celebración."

Véase, incluso, que, en el caso de proceso doblemente colectivo, solamente será admisible la autocomposición, no siendo admisible la renuncia. Porque hay grupos en ambos polos, representados por sustitutos procesales.

Así, lo que determina o no la posibilidad de renuncia del derecho es el hecho de que se trata de un derecho del grupo o de un derecho individual. Los derechos del grupo son tutelados en juicio por los colegitimados, siendo indisponibles para los colegitimados, de ahí que no sea admitida su renuncia - los colegitimados no poseen legitimación extraordinaria material.

Pero, por tratarse de legitimado por sustitución procesal, la autocomposición tendrá límites más rigurosos, por no ser ellos los propios titulares del derecho que vehiculan la acción (Gravonski, 2015).

Con estas observaciones podemos afirmar que es posible aplicar, por analogía, la regla de la autocomposición a los llamados derechos colectivos (lato sensu), básicamente, pero no sólo, por las siguientes razones, enumeradas por la doctrina: a) en el momento en que se reconoce constitucionalmente la tutela de los derechos colectivos, no se puede impedir la efectividad de ellos, cercándose la actuación de quienes por ellos compiten luchar, especialmente si la autocomposición se muestra como el medio más adecuado; b) la indisponibilidad no será afectada, en la medida en que persigue, con la autocomposición, su mayor efectividad ;⁷c) la efectividad de los derechos exige su concreción mediante interpretación y aplicación del derecho al caso concreto.⁸

Parece que la Res. Nº 179 del Consejo Nacional del Ministerio Público acató este entendimiento: "Art. 1º (...) § 1º No siendo el titular de los derechos concretos en el compromiso de ajuste de conductas, no puede el órgano del Ministerio Público hacer concesiones que impliquen renuncia a los derechos o intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, ciñendo la negociación a la interpretación del derecho para el caso concreto, a la especificación de las obligaciones adecuadas y necesarias, en

en el proceso colectivo.

⁷ Pereira, M. A. (1995). Como afirma Ana Luíza Nery: "la indisponibilidad de los derechos no es concepto absoluto, sino relativo, permitiendo que los derechos transindividuales puedan ser objeto de transacción por los legitimados para su defensa" (Nery, 2012, p. 155).

⁸ El tema es debatido desde hace mucho tiempo por la doctrina que se ocupa de la metodología jurídica, con la teoría del derecho y con el derecho constitucional, pero basta, aquí, para reforzar esta imperatividad de la tutela de los derechos, en especial de los derechos complejos, citar los trabajos de Alexandre Gravonski (Gravonski, 2011, p. 116-184; Gravonski, 2015, p. 333/362).

particular el modo, tiempo y lugar de cumplimiento, así como la mitigación, la compensación y la indemnización de los daños que no puedan recuperarse"(g.n).

La Resolución supone que la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto exige la actividad proactiva del Ministerio Público, que debe buscar, siempre, la interpretación de las fuentes y la aplicación del Derecho en consonancia con el art. 926 del CPC (estabilidad, integridad y coherencia del Derecho); además, presupone que, en la hipótesis de imposibilidad de recuperación integral in natura de los perjuicios causados o de alcanzar el resultado práctico equivalente a la tutela específica, los daños pueden ser reparados por medio de medidas mitigatorias, compensatorias o indemnizatorias, incluso acumulativamente, para atender al cumplimiento fin de la reparación integral.

Como veremos, la resolución acató, también, la posibilidad de autocomposición en hipótesis configuradoras de improbidad administrativa (art. 1º, § 2º, Res. CNMP nº 179/2017).

4. El compromiso de ajuste de conducta: extrajudicial y judicial

4.1. Generalidades

La Ley de Acción Civil Pública (artículo 5º, § 6º, de la Ley nº 7.347/1985)⁹, modificada por el Código de Defensa del Consumidor, instituyó el llamado compromiso de ajuste de conducta, negocio jurídico extrajudicial con fuerza de título ejecutivo, celebrado por escrito entre los órganos públicos legitimados para la protección de los intereses tutelados por la ley y los futuros reos de esas respectivas acciones.

Se trata de una modalidad específica de autocomposición, para otros, consistente en un verdadero negocio jurídico.¹⁰ No se debe más hablar aquí en transacción, como hablaba parte de la doctrina. Sin embargo, si se adopta esta o aquella concepción, lo cierto es que se trata de una modalidad de acuerdo, con nítida finalidad conciliatoria, en la que ocurre la interpretación del derecho a ser aplicado y la fijación del tiempo, modo y lugar para su cumplimiento, sin que se produzcan concesiones en cuanto al fondo no disponible del derecho material.

La mayoría de las veces la autocomposición es alcanzada por la negociación directa¹¹ entre el órgano público y el posible reo de acción colectiva.

A partir de los Pactos Republicanos por la justicia, fruto de una estrategia internacional para América Latina (Oteiza, 2019)¹², una serie de medidas fueron

⁹ § 6º del art. 5º de la Ley nº 7.347/1985: "Los organismos públicos legitimados podrán tomar de los interesados compromiso de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrá eficacia de título ejecutivo extrajudicial".

¹⁰ Sobre el asunto, entendiendo que se trata de negocio jurídico bilateral, Nery, A. L. A. (2012). Compromiso de ajustamento de conducta. 2ª ed., cit., p. 156; Rodrigues, G. A. (2011). Ação civil pública e termo de ajustamento de conducta, p. 97-240.

¹¹ Sobre la negociación directa conferir: Cabral & Cunha (2016). *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "mediação sem mediador"*. Salvador: Juspodivm, p. 709-726.

¹² *Texto de la conferencia dictada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1, Sorbonne, 21/25-9-2005*, www.academia.edu, acceso en 10.03.2016.

adoptadas en Brasil para disciplinar la autocomposición, incluso en los procesos colectivos.

La Resolución n. 02 de 21.06.2011, medida conjunta de los Consejos Nacionales de Justicia y del Ministerio Público, determina la creación de un registro nacional con informaciones sobre acciones colectivas, encuestas civiles y términos de ajuste de conducta firmados por el Ministerio Público. La Resolución n. 125/2010 del Consejo Nacional de Justicia y la Resolución n. 118/2014 del Consejo Nacional del Ministerio Público trata sobre la mediación, conciliación, negociación y otras formas de conciliación.

Por el compromiso de ajuste de conducta, no se puede dispensar la satisfacción del derecho transindividual ofendido; no cabe la renuncia, sino, tan sólo, la regulación del modo como se deberá proceder a la reparación de los perjuicios, a concretar de los elementos normativos para la efectividad del derecho colectivo.¹³

Esto no quiere decir que el "espacio de negociación" sea pequeño. Como afirma Ana Luíza de Andrade Nery:

El espacio transaccional posible en el compromiso de ajuste de conducta no se refiere a aspectos meramente formales del negocio (...). Las partes podrán entablar, en el compromiso, derechos y obligaciones para ambas partes, que le confieran carácter de máxima eficiencia para los fines pretendidos por los celebrantes. Así, podrán ser previstas obligaciones a ser cumplidas tanto por el particular como por la entidad pública que celebra el ajuste (2012, p. 198).

La lección es correcta e importantísima. La autora da un excelente ejemplo: imagínese que, en el compromiso, se ajuste un tiempo mayor para que el particular se adapte a la exigencia legal; en este caso, si el ente público intenta una acción civil pública, violando la cláusula en que se comprometía a esperar la adecuación del particular, "evidentemente el ajuste será el fundamento de la defensa judicial a ser presentada por el particular, que alegará, aún, el deber legal de buena fe, incidiendo en la conducta prohibitiva del venire contra factum proprium por parte de la Administración Pública" (Nery, 2012, p. 198-199). Rigurosamente, no hay necesidad de alegar el venire contra factum proprium; la situación es más simple: se trata de un incumplimiento del compromiso.

En fin, el compromiso de ajuste de conducta no puede ser comprendido como mera anuencia, sumisión o concordancia plena por el administrado a los términos propuestos por el legitimado colectivo (Nery, 2012).

A partir de la previsión normativa que autoriza el ajuste extrajudicial de la conducta, las partes litigantes pueden firmar acuerdos en demandas colectivas, de modo que se ponga fin al proceso con resolución del mérito (art. 487, III, "b", CPC).¹⁴

¹³ "Por lo tanto, el compromiso tiene que ser un medio a través del cual se pueda alcanzar, al menos, todo lo que sea posible obtener en la sede de un eventual juicio de procedencia en acción judicial relacionada con esa conducta específica" (Rodrigues, 2011, p. 175).

¹⁴ Sobre la posibilidad de acuerdo en demandas colectivas, sólo para ilustrar: Mancuso, R. C. (2019). *Ação civil pública*, p. 225-38; Pereira, M. A. M. (1995). *A transação no curso da ação civil pública*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, nº 16, p. 116-128.

Sobre el asunto, con precisión, Geisa de Assis Rodrigues, comparando la autocomposición judicial, en estas situaciones, con el compromiso de ajuste de conducta previsto en el art. 5º, § 6º, de la Ley nº 7.347/1985:

La conciliación judicial tiene las mismas limitaciones que el compromiso de ajuste de conducta. (...) Por lo tanto, cabe hablar en el ajuste de conducta judicial y extrajudicial, puesto que incluso si se trata de una cuestión planteada en juicio no hay posibilidad de transigir sobre el objeto del derecho, solo siendo admisible la definición de plazos, condiciones, lugar y forma de cumplimiento, aunque se utilice el término de transacción (Rodrigues, 2011, p. 234).

Geisa Rodrigues señala las distinciones entre el ajuste de conducta judicial y el extrajudicial: a) la legitimidad para el ajuste judicial es más amplia que el extrajudicial, restringido a los órganos públicos;¹⁵ b) las implicaciones procesales que surgen del acuerdo judicial (extinción, con consecuente producción de la cosa juzgada, o suspensión del hecho hasta el efectivo cumplimiento del ajuste), extrañas al extrajudicial; c) la formación, por el acuerdo judicial, de título ejecutivo judicial, mientras que el otro es extrajudicial (2011). En todo caso, el compromiso de ajuste de conducta extrajudicial puede ser llevado a la homologación judicial (artículo 515, III, CPC) (Nery, 2012).

Es importante, registrar, que la legitimidad para la celebración del acuerdo (judicial o extrajudicial) se somete a las mismas exigencias de "representatividad adecuada" para la caracterización de la legitimidad ad causam (Nery, 2012). Además, está sometida al mismo control judicial de adecuación en razón del objeto, además de la posibilidad de impugnación, como se verá a continuación.

Existe una decisión que aclara muy bien la importancia de permitir la autocomposición en derechos difusos relacionados al cumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer, siempre que esté controlada por el juicio y por la presencia del interés público primario y no sólo y exclusivamente por el Ministerio Público (STJ, 2ª T., REsp nº 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 01.06.2006, publicado no DJ de 02.08.2006, p. 229), que se transcribe ya que su contenido debe ser leído y estudiado, en razón de la polémica trabada:

PROCESO CIVIL - ACCIÓN CIVIL PÚBLICA POR DAÑO AMBIENTAL - AJUSTE DE CONDUCTA - TRANSACCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO - POSIBILIDAD. 1. La regla general es que no sean transables los derechos difusos. 2. Cuando se trate de derechos difusos que impliquen obligación de hacer o no hacer, se debe dar tratamiento distinto, posibilitando dar a la controversia la mejor solución en la composición del daño, cuando sea imposible el retorno al status quo ante. 3. La admisibilidad de la transacción de derechos difusos es una excepción a la regla.

¹⁵ En desacuerdo, en particular, José Marcelo Vigliar, para quien hay también limitación de la legitimidad a los órganos públicos para la conciliación judicial (Vigliar, 2001, p. 90). No vemos cómo puede existir esta limitación, ya que judicialmente habrá, como mínimo, la participación del Ministerio Público como *custos legis*.

Así, en casos especiales, la regla general puede ceder a la realidad y, mediante control del juez y del Ministerio Público, sería posible la transacción para atender la tutela específica de la obligación de hacer o no hacer, de forma a propiciar el "equivalente" a la materialización de la tutela específica,¹⁶ así como, la tutela que tenga por objeto la prestación pecuniaria.

4.2. Órganos públicos legitimados: Ministerio Público, Defensoría Pública, Abogacía Pública (legitimados para el compromiso extrajudicial o judicial) y los demás colegitimados (legitimados para el compromiso judicial)

El § 6º del art. 5º de la Ley nº 7.347/1985, determina que cualquiera de los órganos públicos legitimados pueden tomar el compromiso de las partes interesadas a ajustar su conducta a "las exigencias legales". El Consejo Nacional del Ministerio Público añadió, además, que el compromiso debe atender a las "exigencias normativas" (designación más abierta y adecuada) y puede servir a la compensación o a la indemnización en caso de daños en que no sea posible la tutela específica (art. 14 de la Res. nº 23 del CNMP).

Inicialmente, es preciso hacer tres observaciones: 1) sólo los organismos públicos pueden firmar el compromiso de ajuste de conducta; 2) el Ministerio Público no es el único órgano público que podrá firmarlo; 3) no hay disponibilidad sobre el objeto, siendo que el compromiso deberá estar estrictamente vinculado a las exigencias normativas, incluyendo los precedentes, ya los patrones de la dogmática jurídica.

No se puede olvidar que el art. 784, IV, CPC, reconoció el carácter de título ejecutivo extrajudicial también a las transacciones refrendadas por el Ministerio Público, la Defensoría Pública, la Abogacía Pública, los abogados de las partes en la transacción (válido para los procesos colectivos sólo en lo que se refiere a derechos disponibles) así como por el conciliador o mediador acreditado por tribunal.

La Defensoría Pública puede celebrar un compromiso de ajuste de conducta, ya que es un "órgano público" (art. 5º, § 6º, Ley nº 7.347/1985).

Por otro lado, no hay limitación en cuanto a los colegitimados en lo que se refiere a autocomposición efectuada en juicio.¹⁷ Una especial razón para esto es la presencia,

¹⁶ La cuestión preocupante en los acuerdos en causas colectivas se refiere a la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada surgida con la homologación judicial del acuerdo. Como se sabe, el régimen de producción de la cosa juzgada en las demandas colectivas es distinto del reglamento común; la eficacia subjetiva de la cosa juzgada es uno de los puntos distintivos determinantes. Por lo tanto, habiendo homologación de acuerdo judicial en cuestión colectiva, habrá producción de la cosa juzgada *erga omnes*, impidiendo la proposición de nueva demanda por cualquiera de los colegitimados, incluso por aquellos que no participaron en la celebración del negocio jurídico. El acuerdo no produce efectos solo en relación a los que formaron, pues su objeto es derecho transindividual. Esas circunstancias hacen que admitamos la posibilidad de que el tercero colegitimado ingrese con un recurso, con miras a cuestionar la homologación del acuerdo, postulando así la prosecución del hecho hacia la heterocomposición. En caso que no se permita esa impugnación recursal del tercero, estará siendo vedado el acceso a la justicia del colegitimado, pues, con la cosa juzgada, ningún juez podrá volver a examinar la causa - ese punto también es fundamental, pues, en los litigios individuales, la cosa juzgada surgida de la homologación de la transacción no afecta al tercero. Sólo le quedaría la acción rescisoria. Por lo tanto, concordamos con las conclusiones de Geisa de Assis Rodrigues: "La discordancia de los demás colegitimados debe ser hecha a través de la utilización de los mecanismos de revisión de la decisión judicial, o sea: recursos admitidos o acciones autónomas de impugnación, dependiendo del caso concreto. La decisión homologando el ajuste formulado en juicio es una decisión de mérito, y por lo tanto podrá ser cubierta por la intangibilidad panprocesual de la cosa juzgada material" (Rodrigues, 2011, p. 237); Vigliar, J. M. M. (2001, p. 90).

¹⁷ En cuanto al acuerdo colectivo por los entes privados, conferir Gravonski, A. A. (2011).

en todas las acciones colectivas, del Ministerio Público como fiscal del ordenamiento jurídico; otra razón es la presencia del juez, como fiscal del acuerdo a ser homologado.

4.3. La concreción de derechos y deberes a partir de los compromisos de ajuste de conducta

Hay, además, la posibilidad de concreción de derechos a partir del compromiso firmado.

El dogma de la vinculación estricta del Derecho a la ley cede espacio a la noción contemporánea de juridicidad, o sea, la idea de vinculación de los aplicadores del derecho al sentido de la norma constitucional e infraconstitucional conforme a la unidad narrativa de la Constitución (Otero, 2003, p. 15, nota 1). De ahí el importante crecimiento, mencionado arriba, hecho por el CNMP en la Resolución n. 23.

En el actual estado de nuestro ordenamiento jurídico, en presencia de normas porosas, de textura abierta, en forma de pautas carentes de contenido preciso, tales como los conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales (enunciados normativos) y los principios (norma jurídica), es natural que existan grados de interés público y una disponibilidad motivada de ello en la determinación de los deberes descritos en las normas jurídicas. Además, la mayor participación de los grupos puede influir en la concreción de la norma (e.g. audiencias públicas y *amicus curiae*, no por casualidad ambos previstos en el CPC).¹⁸

En el compromiso de ajuste de conducta, el órgano legitimado a celebrarlo debe proceder a una aplicación no jurisdiccional del principio de la unidad narrativa de la Constitución; así, se deben evitar compromisos que no atiendan a la finalidad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, al firmar un compromiso de ajuste de conducta, aun cuando la ley no haya previsto el reglamento específico para el caso, el órgano legitimado no tiene el poder de disponer del derecho material colectivo; por eso, el órgano se vincula a los precedentes de los casos análogos, a los detalles propios del caso concreto y a los patrones de la Dogmática Jurídica, para concretar el derecho colectivo. Esto porque, en los modelos abiertos de aplicación del derecho, la Dogmática se amplía más allá de la ley, incluyendo los precedentes y el trabajo de la doctrina en una comprensión hermenéutica del problema jurídico enfrentado (Zaneti Jr., 2014, 2016).

¹⁸ La relación entre la participación democrática en el proceso, contradictorio, las audiencias públicas y el *amicus curiae* está marcada claramente en los enunciados del FPPC (*Fórum Permanente de Processualistas Civis*): “IV FPPC-BH Enunciado nº 250 - (art. 138, art. 15). *Se admite la intervención del amicus curiae en las causas laborales, en la forma del art. 138, siempre que el juez o ponente vislumbra la relevancia de la materia, la especificidad del tema objeto de la demanda o la repercusión general de la controversia, a fin de obtener una decisión respaldada en la pluralidad del debate y, por lo tanto, más democrática.* (Grupo: Impacto del CPC en el proceso del trabajo); “V FPPC-Vitória Enunciado nº 460. (arts. 927, § 1º, 138) *El microsistema de aplicación y formación de los precedentes deberá respetar las técnicas de ampliación del contradictorio para la maduración de la tesis, como la realización de audiencias públicas previas y participación de amicus curiae.* (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência); “V FPPC-Vitória Enunciado nº 393. (arts. 138, 926, § 1º, e 927, § 2º) *Se admite la intervención de amicus curiae en el procedimiento de edición, revisión y cancelación de enunciados de súmulas por los tribunales.* (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros); “IV FPPC-BH Enunciado nº 175 - (art. 927, § 2º) *El ponente deberá fundamentar la decisión de que no exista la participación de personas, órganos o entidades y deberá justificar la no realización de audiencias públicas.* (Grupo: Precedentes).”.

Por esta razón, acertada la ampliación del texto del art. 14 de la Resolución nº 23 del Consejo Nacional del Ministerio Público, para incluir, en la definición del "ajuste de la conducta", además de las exigencias legales, otras exigencias normativas, incluidas las resoluciones y decretos, así como la interpretación dada por los órganos competentes a las cláusulas generales de tutela de los derechos colectivos lato sensu.

Art. 14 de la Res. Nº 23 del CNMP: "El Ministerio Público podrá firmar un compromiso de ajuste de conducta, en los casos previstos por la ley, con el responsable de la amenaza o lesión a los intereses o derechos mencionados en el artículo 1 de esta Resolución, con miras a la reparación del daño, la adecuación de la conducta a las exigencias legales o normativas y, además, a la compensación y/o a la indemnización por los daños que no puedan ser recuperados".

Es fundamental repensar lo que se ha dicho en otras partes: hay que comprender que el Derecho no se resume a la ley. El tránsito "de la ley hacia el ordenamiento jurídico" también ocurrió en el CPC/2015. Basta observar que el CPC, en los arts. 8º, 140 e 178, no habla más en ley, aplicación de la ley, o en fiscal de la ley, como refería el CPC/1973 (artículo 5º del LINDB y arts. 126 82 del CPC/1973); pero en todos los casos, sea en la interpretación del derecho (artículo 8), sea en la aplicación (artículo 140), sea en la actuación del Ministerio Público como interviniente, el legislador procesal contemporáneo refiere al "ordenamiento jurídico".

Este cambio no es pequeño ni se dio por casualidad; que sigue la línea de la constitucionalización del proceso, pues, ya en el art. 1, el CPC afirma que será interpretado y aplicado según los valores y normas previstos en la Constitución.

4.4. La utilización de la producción anticipada de pruebas como instrumento que estimula la autocomposición

En el capítulo sobre la investigación civil, vimos que la producción temprana de pruebas fue reconstruida, para servir como un importante instrumento para la obtención de autocomposición (artículo 381, II y III, CPC). Remitimos al lector a lo que allí se dijo.

5. Audiencia preliminar de mediación o conciliación (art. 334, CPC)

Una de las marcas del CPC/2015 es el estímulo a la autocomposición.

No por casualidad, en el rol de las normas fundamentales del proceso civil, están los §§ 2º y 3º del art. 3º del CPC: "§ 2º El Estado promoverá, siempre que sea posible, la solución consensuada de los conflictos. § 3º La conciliación, la mediación y otros métodos de solución consensuada de conflictos deberán ser estimulados por jueces, abogados, defensores públicos y miembros del Ministerio Público, inclusive en el curso del proceso judicial".

Una de las técnicas de estímulo a la autocomposición es la designación de una audiencia obligatoria de mediación o conciliación, antes del ofrecimiento de la respuesta por el demandado (artículo 334 del CPC). Se trata de una importante modificación del procedimiento común promovido por el CPC/2015¹⁹.

¹⁹ Cabe destacar que, en las acciones colectivas de consumidores italianas, también existe previsión legal similar: "Before the commencement

Se plantea, entonces, la siguiente cuestión: ¿el art. 334 del CPC se aplica en el procedimiento de la acción civil pública? Es decir: ¿ahora, en la acción civil pública, el demandado debe ser citado para asistir a la audiencia, antes de contestar la demanda?

La respuesta es positiva.

Hay varias razones.

En primer lugar, la especialidad del procedimiento de la acción civil pública, en relación al procedimiento ordinario del CPC/1973, residía en básicamente dos puntos: a) posibilidad de tutela provisional satisfactoria liminar en el procedimiento ordinario del CPC/1973 (artículo 12 de la Ley nº 7.347/1985), que no existía en 1985, año de la edición de la Ley de Acción Civil Pública - esa posibilidad solo vino a existir con la nueva redacción del art. 273 del CPC/1973, hecha en 1994; b) la apelación contra la sentencia no tiene efecto suspensivo automático.

La secuencia de los actos del procedimiento de la acción civil pública es la misma del procedimiento común, por lo tanto, al ser modificado el procedimiento común, se modifica el procedimiento de la acción civil pública, mantenida eventual peculiaridad.

El pensamiento se extiende a la acción popular, por las mismas razones. No se extiende al mandato de seguridad colectivo, cuyo procedimiento es esencialmente diferente del procedimiento común; lo que no impide que haya autocomposición, solo que no existe la obligatoriedad de realización de esa audiencia preliminar, justamente por tratarse de un procedimiento especial de carácter documental.

En segundo lugar, no hay prohibición de autocomposición en causas colectivas, como se ha visto. Por el contrario, la solución de los conflictos colectivos mediante el término de ajuste de conducta judicial o extrajudicial es valorada e incentivada.

En tercer lugar, no hay ninguna razón que justifique la exclusión de los procesos colectivos de la política nacional de estímulo a la solución negociada de los conflictos, impuesta por los §§ 2º y 3º del art. 3º del CPC.

Los argumentos de cuño doctrinal vinculados a la indisponibilidad del derecho, a la fuerte presencia de interés público y la ausencia de participación de los grupos en la toma de decisión ya se han enfrentado arriba, pero cabe repensar que en ningún caso se aparta la autocomposición como regla, solo se exige que ella sea adecuada para la tutela de los derechos. Como hemos visto, muchas veces esta es la forma más adecuada de tutela.

En cuarto lugar, en hipótesis en que disciplina expresamente un proceso colectivo, el CPC impone la realización de la audiencia preliminar de mediación y conciliación, antes incluso del análisis del pedido de tutela provisional - acciones posesorias contra una colectividad, reguladas por el art. 565 del CPC.

Se trata de un verdadero paradigma normativo de estímulo a la solución

of the judicial proceeding the parties can attempt to reach an out-of-court settlement according to the conciliation procedures set up by various entities, including the Chambers of Commerce. If a settlement is arrived at, it is made enforceable by a court order. The fact that an attempt at conciliation is provided for is interesting, since it is in line with a trend followed by the administration of Italian civil justice more and more frequently, that is, the reliance on facilitative ADRs, such as conciliation and mediation, as a way out of the problems with an overloaded judicial system" (Silvestri, 2014, p. 200).

consensuada de conflictos colectivos: a) para todos los tipos de conflicto, imponiendo la audiencia de intento de autocomposición; b) para los conflictos colectivos pasivos, imponiendo dicha audiencia, como audiencia previa de justificación, antes incluso del examen de la solicitud de tutela provisional. Es importante señalar que en los conflictos de tierras a menudo hay conflicto entre derechos fundamentales que deben preservarse en la mayor medida posible y justamente por ello reforzamos que la autocomposición es viable y adecuada en estos casos.

En quinto lugar, el párrafo único del art. 33 de la Ley nº 13.140/2015, expresamente determina que “Abogacía Pública de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, donde haya, podrá instaurar, de oficio o mediante provocación, procedimiento de mediación colectiva de conflictos relacionados a la prestación de servicios públicos”. La prestación de servicios públicos es materia de derecho administrativo, interés público, pero, en la vida real, existen grados de satisfacción que pueden ser atendidos e implementados. Luego la autocomposición, además de evitar procesos interminables, resulta en menor resistencia de las partes en la atención de la medida acertada, garantizando más efectividad.

Así, sólo no se determinaría la audiencia de mediación y conciliación, prevista en el art. 334 del CPC, en el proceso de la acción civil pública, cuando actor y demandado del proceso colectivo manifestaren expresamente que no pretenden resolver por autocomposición (artículo 334, § 4º, I, CPC).

Si el legitimado colectivo es un ente público (incluyendo el Ministerio Público y la Defensoría Pública), la negativa a la autocomposición debe ser motivada. Esto es porque, de acuerdo con el § 3º del art. 3º del CPC, los entes públicos tienen el deber funcional de estimular la autocomposición. En el caso del Ministerio Público, el Consejo Nacional del Ministerio Público instituyó la Política Nacional de Incentivo a la Autocomposición en el ámbito del Ministerio Público, en la Resolución n. 118/2014, de la que también se desprende la exigencia de este tipo de comportamiento.

6. Negocios jurídicos procesales colectivos

El art. 190 del CPC es una cláusula general de negociación procesal. Con base en él, es posible la celebración de negocios jurídicos procesales atípicos (Didier Jr., 2016).

En este momento, cabe abordar el siguiente punto: ¿se admite la celebración de negocios procesales atípicos en procesos colectivos?

Si, indudablemente.

No se debe apartar la posibilidad de negocios procesales colectivos²⁰⁻²¹. Basta pensar en un acuerdo colectivo laboral, en que los sindicatos disciplinen aspectos del

²⁰ Enunciado nº 255 del FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cívicos): “Es admisible la celebración de una convención procesal colectiva”. Ciertamente, será muy frecuente la inserción de convenciones procesales en convenciones colectivas de trabajo o de consumo, por ejemplo.

²¹ “(...)algunos ejemplos interesantes que son objeto de los acuerdos colectivos procesales en Francia: (a) las conclusiones finales de las partes deben anunciar claramente las razones de hecho y de derecho; (b) comunicación entre el tribunal y el abogado por vía electrónica; (c) acuerdo para pericia firmado entre el tribunal, colegio de abogados y la asociación de expertos, para regular la producción de la prueba y uniformizar los criterios de fijación de honorarios; (d) institución de comisión mixta de estudio para supervisar procesos y estudiar las posibles disfunciones y presentar propuestas de cambios”. (Andrade, 2011, p. 190). Sobre el asunto, Cadiet, L. (2012, 30-35).

futuro desacuerdo colectivo laboral. Se trata de un negocio que busca disciplinar el futuro proceso colectivo, vinculando a los grupos involucrados, titulares del derecho.

Algunos ejemplos: a) elección convencional de un experto; b) pacto de disponibilidad previa de documentos; c) pacto de producción anticipada de prueba; d) el pacto sobre el deber de financiar el costo de la prueba; e) creación de hipótesis negociadora de tutela provisional de evidencia (artículo 311, CPC), etc.

Para que tales convenciones procesales colectivas sean celebradas, es necesario que haya legitimación negociadora colectiva por parte del ente que la celebre. La Resolución n. 118/2014 del Consejo Nacional del Ministerio Público disciplina la legitimidad del Ministerio Público para la celebración de convenciones procesales. Se aplica, aquí, por analogía, también, la regla de las convenciones colectivas de trabajo²² y convenciones colectivas de consumo (artículo 107 del CDC).

7. La autocomposición en la acción de improbidad administrativa

7.1. La derogación del art. 17, § 1º, Ley nº 8429/1992. La necesaria interpretación histórica. La colaboración premiada y el acuerdo de indulgencia como negocios jurídicos procesales atípicos en el proceso de improbidad administrativa

El art. 17, § 1º, de la Ley nº 8.429/1992, prohíbe expresamente "transacción, acuerdo o conciliación" en el proceso de improbidad administrativa.

La norma se había derogado por la Medida Provisoria nº 703/2015. Ya era hora. El dispositivo estaba obsoleto. Lamentablemente, la MP 703/2015 caducó en mayo de 2016, por no haber sido votada por el Congreso Nacional. Sin embargo, al menos en el ámbito del Ministerio Público, como expresamente disciplina la Res. CNMP nº 179/2017: "Es adecuado el compromiso de ajuste de conducta en las hipótesis configuradas de improbidad administrativa, sin perjuicio del resarcimiento al erario y de la aplicación de una o algunas de las sanciones previstas en la ley, de acuerdo con la conducta o acto practicado".

Los fundamentos para la constitucionalidad, legalidad y coherencia de tal resolución con el ordenamiento jurídico ya estaban presentes. La proximidad entre la acción penal y la acción de improbidad es evidente e incuestionable, debido a las sanciones derivadas, aunque los regímenes jurídicos son distintos, uno de derecho administrativo (civil en sentido amplio), otro de derecho penal. La propia estructuración del proceso de la acción de improbidad administrativa, con una fase de defensa previa, semejante a lo que ocurre en el proceso penal, es la demostración cabal de lo que se dice. Hay más garantías al reo en la acción de improbidad por ser las sanciones aplicables más graves.

En la época de la edición de la Ley nº 8.429/1992, el sistema del Derecho Penal brasileño era contrario a cualquier solución negociada. No por casualidad, se hablaba de indisponibilidad de la acción penal y de indisponibilidad del objeto del Proceso Penal.

Ocurre que, partir de 1995, con la Ley n. 9.099 / 1995, instrumentos de justicia

²² Sorprendentemente, y sin mayores justificaciones, el Tribunal Superior del Trabajo editó la Instrucción Normativa nº 39, por la Resolución nº 203/2016, entendiendo que el art. 190 del CPC no se aplica al proceso del trabajo, ni siquiera dejando a salvo su aplicación en el proceso colectivo laboral, en lo que parece ser como mínimo, una postura equivocada.

penal negociada comenzaron a ser previstos en el Derecho brasileño. Se desarrollaron técnicas de justicia penal consensual²³.

La transacción penal (artículo 76, Ley nº 9.099/1995) y la suspensión condicional del proceso penal (artículo 89, Ley nº 9.099/1995). En ambos casos, hay negociación que produce consecuencias en el ámbito del Derecho penal material.

El proceso penal también sufrió transformaciones, con la ampliación de las posibilidades de negociación entre actor y reo. La “colaboración premiada”, negocio jurídico material y procesal regulado en la Ley n. 12.850 / 2013, es el principal ejemplo de este fenómeno. Al lado de la “colaboración premiada” surgen institutos de cumplimiento de las empresas involucradas, como es el caso del acuerdo de indulgencia relativo a la atenuación de la responsabilidad penal en asuntos relativos a la corrupción. (Ley Anticorrupción, Ley nº 12.846/2013).

La prohibición de negociación prevista en la Ley de Improbidad Administrativa era, en realidad, un reflejo de la prohibición en el ámbito penal. No había sido admitida en la improbidad en razón del principio de la obligatoriedad para el MP y de la visión que la tutela del interés público era absolutamente no disponible, no admitía grados de tutela. Si ahora es posible negociar las consecuencias penales, incluso en las infracciones graves, no habría razón para no ser posible negociar las sanciones civiles de improbidad. Se puede establecer la siguiente regla: la negociación en la acción de improbidad administrativa es posible siempre que sea posible la negociación en el ámbito penal, en una relación de proporción.

La interpretación literal de lo dispuesto en el § 1º del art. 17 de la Ley nº 8.429/1992 llevaba una situación absurda²⁴: sería posible negociar sanciones consideradas más graves por el sistema, debido a la práctica de crímenes (por definición, el ilícito más reprochable), pero no sería posible negociar en el ámbito de una acción de improbidad administrativa. Además de absurda, la interpretación de este texto ignoraría completamente la diferencia entre los contextos históricos de la promulgación de la ley (1992) y de su aplicación.

La Ley 12.846/2013, llamada Ley Anticorrupción, aunque con ámbito de aplicación distinto (art. 30 de la Ley nº 12.846 / 2013), compone con la Ley de Improbidad Administrativa un microsistema legal de combate a actos lesivos a la Administración Pública. El propósito de la ley es regular la "responsabilidad objetiva administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera" (art. 1). Los artículos 16-17 de esa ley regulan el llamado acuerdo de indulgencia, negocio jurídico de eficacia compleja. La intersección entre las leyes permite que se entienda un acuerdo de indulgencia como negocio atípico en proceso de improbidad administrativa. “La co-regulación de los actos de improbidad derivados de corrupción denota, aún una vez, la clara opción del legislador brasileño por permitir acuerdos en materia de improbidad administrativa” (Cabral & Nogueira, 2015, p. 547).

²³ Percibió el punto (Cabral, 2015, p. 545-546).

²⁴ Situación “curiosa”, como señaló (Cabral 2015, p. 547).

La relación entre ambos quedó clara en la edición de la MP nº 703/2015. Según el texto de la Medida Provisional (aunque discutible desde el punto de vista constitucional, por generar la derogación de una norma procesal a medida provisional), la celebración de los acuerdos de indulgencia impide que los entes celebrantes intenten o prosigan con acciones colectivas anticorrupción, acciones de improbidad u otras acciones de naturaleza civil frente a las empresas. Y más, habiendo participación del Ministerio Público, el acuerdo impedirá el enjuiciamiento y la prosecución de acciones propuestas por cualquier legitimado (artículo 16, §§ 11 y 12, Ley nº 12.846/2013). La MP n. 703/2015, sin embargo, expiró el 30.05.2016, por no haber sido examinada por el Congreso Nacional.

Es necesario recordar, también, el art. 1, § 2º, de la Res. CNMP nº 179/2017, ya transcrito.

Pero hay todavía un argumento dogmático más simple para defender la derogación del art. 17, §1º, de la Ley de Improbidad. El §4º del art. 36 da Ley nº 13.140/2015 (Ley de Mediación) expresamente admite la autocomposición en acción de improbidad administrativa: “§ 4º En las hipótesis en que la materia objeto del litigio esté siendo discutida en acción de improbidad administrativa o sobre ella haya decisión del Tribunal de Cuentas de la Unión, la conciliación de que trata el caput dependerá de la anuencia expresa del juez de causa o del Ministro Ponente”.

Finalmente, como ya defendíamos anteriormente, en la dimensión resarcitoria de la acción de improbidad, que es idéntica a cualquier acción civil pública o acción popular, la autocomposición no presenta ningún problema. Especialmente si consideramos que el CPC presenta la posibilidad de homologación de autocomposición parcial (artículo 354, par. único, CPC).

Así, podemos llegar a algunas conclusiones: a) se admite la colaboración premiada²⁵ y el acuerdo de indulgencia como negocios jurídicos atípicos en el proceso de improbidad administrativa (art. 190 do CPC concatenado con el art. 4º de la Ley 12.850/2013 y con los arts. 16-17 da Ley nº 12.846/2013); b) se admite negociación en los procesos de improbidad administrativa, siempre que sea posible, en la respectiva acción penal, observados, siempre, por analogía, los límites de negociación allí previstos²⁶; c) se admiten los acuerdos parciales, siendo considerados acuerdos sobre la parte incontrovertible; d) se admite el compromiso de ajuste de conducta en procesos de improbidad administrativa, incluso para la aplicación de las sanciones y para el resarcimiento, al menos en el ámbito del Ministerio Público (§ 2º, art. 1, Res. CNMP nº 179/2017); e) en caso de que ya se haya juzgado la acción de improbidad, hay necesidad de homologación del acuerdo por el juez competente (§4º del art. 36 de la Ley nº 13.140/2015).

7.2. La autocomposición y la petición de resarcimiento al erario

Incluso durante la vigencia del § 1º del art. 17 de la Ley de Improbidad

²⁵ Sobre el tema, específicamente, Nicolao, D. (2015).

²⁶ Sobre lo enunciado, 617 del FPPC (*Fórum Permanente de Processualistas Cívís*): “La mediación y la conciliación son compatibles con el proceso judicial de improbidad administrativa”.

Administrativa, el dispositivo no se aplicaba a la parte del objeto litigioso del proceso relativo a la solicitud resarcitoria. En ese caso, la prohibición no incidía.

Impedir la autocomposición, en esas situaciones, sería crear un gran e innecesario obstáculo para la efectividad de la tutela colectiva, especialmente cuando se sabe que, en muchos casos, el perjuicio al Erario no es de gran importancia y el pago de la indemnización en parcelas, por ejemplo, acaba por revelarse una forma eficaz de cumplimiento de la deuda.

Y aún había un argumento dogmático muy fuerte: el pedido resarcitorio podría ser promovido, autónomamente, en proceso de acción civil pública, en que el acuerdo es plenamente posible, como ya se ha visto. No se trata de una solicitud que presupone un procedimiento especial²⁷.

8. Control de la autocomposición por el juez. El deber de control del mérito del acuerdo y de la legitimación adecuada

El juez podrá controlar, en la fase homologatoria, el contenido de la transacción sobre el objeto litigioso: dejando de homologarla, homologándola parcialmente o recomendando a las partes alteraciones en determinadas cláusulas.

En el caso de que no hayan participado en el acuerdo, los colegitimados podrán solicitar al juez, antes de la homologación, la intervención en el proceso (artículo 5, § 2º, Ley 7.347/1985) y pedir la no homologación del acuerdo, su homologación parcial o la adaptación de determinadas cláusulas para garantizar su adecuación a la tutela de los derechos. El Ministerio Público como interviniente obligatorio podrá hacer lo mismo.

En relación a los negocios procesales, corresponde al órgano juzgador el control de su validez, en los términos del párrafo único del art. 190 del CPC.

En las acciones individuales, por regla general, los acuerdos no dependen de control judicial. En la mayoría de los casos las partes litigan sobre derechos disponibles, no hay necesidad de intervención judicial para garantizar los derechos.

En los procesos colectivos esto es diferente.

Primero, hay necesidad de tutela del objeto litigioso del proceso, presente el interés público, por tratarse de derechos de naturaleza colectiva; segundo, hay necesidad de la participación de los grupos que serán afectados por la decisión y la participación de los colegitimados, al menos potencialmente, en el marco del acuerdo a ser firmado; tercero, hay la intervención obligatoria del Ministerio Público en todos los procesos que tratan de los derechos colectivos en sentido amplio.²⁸

²⁷ En ese sentido, más recientemente, Nery, A. L. A. (2012, p. 201).

²⁸ En el ámbito de las *class actions* estadounidenses se produjo una reforma en 2003 para establecer una serie de exigencias en los acuerdos (*settlements*) en los procesos colectivos (*class action litigation*), modificando la *Rule 23* de las *Federal Rules of Civil Litigation*. La más importante se refiere a la admisión de los acuerdos solo después de la aprobación de la Corte, por lo tanto, la necesidad de control judicial de estos acuerdos tanto desde el punto de vista del mérito, como desde el punto de vista del debido proceso legal. La Corte deberá garantizar que todos los que serán vinculados por el acuerdo lo conozcan, mediante la notificación adecuada. Como la propuesta será vinculante, los miembros deberán ser oídos y deberá verificarse si la propuesta es justa, razonable y adecuada. En el caso de litigios que implican daños individuales homogéneos (*class actions for damages*), la participación de los involucrados será aún más intensa, permitiendo el *opt out*, aunque no haya sido esa la opción anterior al acuerdo, permitiéndose también la impugnación por parte de los miembros del grupo que solamente será desestimada por decisión de la propia Corte. Así: "(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or

Hay dos formas de obtener un título ejecutivo judicial a partir de una conciliación en derechos colectivos lato sensu.

La primera es formular el compromiso de ajuste de conducta en una acción colectiva ya interpuesta, en los términos del art. 515, II del CPC, pues será título ejecutivo judicial "la decisión de homologación de autocomposición judicial". La segunda, requerir la homologación judicial del compromiso, valiéndose de los supuestos del art. 515, III, que determina ser título ejecutivo judicial "la decisión de homologación de autocomposición extrajudicial de cualquier naturaleza", y del art. 725, VIII, que prevé el procedimiento de jurisdicción voluntaria de homologación de acuerdo extrajudicial.

La actividad del juez en estos casos no será, sin embargo, meramente confirmatoria del acuerdo, en un juicio simplista de apreciación, en el que sólo se observan los aspectos formales de representación de las partes. El juez, en estas oportunidades, deberá proceder a un verdadero examen de mérito del compromiso, posibilitando incluso su disconformidad, en cuyo caso no será homologado el acuerdo²⁹, cabiendo el recurso de agravio de instrumento contra esa decisión, por interpretación analógica de lo dispuesto en el inciso III do art. 1.015 del CPC (Didier Jr. & Cunha, 2016).

Nótese que, justamente por ello, el acuerdo judicial prescinde de aprobación por el Consejo Superior del Ministerio Público, una vez que, judicializada la materia, no hay más riesgo de archivo implícito de la investigación o inquérito civil, pasando el control del órgano superior del Ministerio Público al juez de la causa. Además, este control es necesario, pues incluso las partes no públicas, aquellas que no están legitimadas para el compromiso de ajuste de conducta, en la esfera extrajudicial, podrán requerir la homologación de acuerdo.

No siendo el Ministerio Público el autor del compromiso de ajuste de conducta, la homologación en juicio dependerá obligatoriamente de su presencia como fiscal del orden jurídico, derivada lógica del microsistema del proceso colectivo. Si el Ministerio Público interviene en todas las acciones colectivas, también en la homologación judicial

defenses of a certified class *may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval*. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court *must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal*. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve *it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate*. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), *the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so*. (5) *Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.*" (Klonoff, 2012, p. 283 e ss). Obsérvese que hay gran polémica actual en relación al arbitraje colectivo, la Suprema Corte ha admitido cláusulas arbitrales que excluyen *class actions* en contratos de consumo o relaciones laborales (Resnik, 2015, p. 2804).

²⁹ En Holanda existe una serie de requisitos previstos en la ley para que el acuerdo colectivo sea homologado por el Juez, incluso, después de ser sometido para análisis, el Juez podrá hacer sugerencias de alteración con miras a una adecuada tutela de los derechos. En Brasil esto también es posible, ya que la homologación por el juez también realiza un juicio de control sobre el contenido del acuerdo. En Holanda el control implica la posibilidad de que el órgano juzgador niegue la homologación, encaso de: "a. The agreement does not meet the requirements stipulated in Article 7:907(2); b. The amount of compensation is not reasonable; c. It is insufficient guaranteed that the claims resulting from the agreement can indeed be settled by the party having caused the damage; d. The agreement does not provide for the independent resolution of disputes that may arise from the agreement (e.g. concerning the amount of compensation) other than by the judge who would be competent according to the ordinary rules of jurisdiction; e. The interests of the persons for the benefit of whom the agreement has been concluded are sufficiently protected in a manner other than by way of collective settlement; f. The foundations or associations acting in behalf of these persons are insufficiently representative for the interests at stake; g. The group of persons for whose interest the agreement has been concluded is too small to justify a collective agreement; h. The agreement stipulates that damages will be paid by a legal person that is not a party to the agreement" (Van Rhee & Tzankova, 2014, p. 218-219).

de acuerdo extrajudicial en el que se transen derechos colectivos lato sensu su anuencia es obligatoria.

La decisión que no homologa un acuerdo extrajudicial, en acción en que se solicita dicha homologación (artículo 725, VIII, CPC) es una sentencia y, por lo tanto, apelable (artículo 724, CPC).

Uno de los elementos que deberá ser controlado por el juez en el momento de la homologación del acuerdo judicial o extrajudicial será la adecuada representación de las partes involucradas, es decir, la legitimación en concreto de los involucrados para celebrar el compromiso de ajuste de conducta.

Por ejemplo, si el acuerdo versa sobre daños ambientales en los que se discuta más allá de la responsabilidad de la empresa la responsabilidad del Estado y de los órganos de fiscalización por omisión o comisión, la representación adecuada por parte del Estado puede estar perjudicada, existiendo conflicto de intereses, pues el acuerdo puede ser indebidamente anticipado a fin de salvaguardar la responsabilidad del propio Estado en acciones futuras de responsabilidad.

Es importante, registrar, que la legitimidad para la celebración del acuerdo (judicial o extrajudicial) se somete a las mismas exigencias de "representatividad adecuada", exigidas en el enfrentamiento de la legitimidad ad causam (Nery, 2012; Didier Jr & Zaneti Jr., 2014).

9. Límites a la autocomposición en los procesos colectivos

La autocomposición no puede considerarse como panacea.

La autocomposición no debe ser vista como una forma de disminución del número de causas que tramitan en el Poder Judicial³⁰ o como técnica de aceleración de los procesos a cualquier costo³¹. Son otros los valores subyacentes a la política pública de tratamiento adecuado de los conflictos jurídicos individuales y colectivos.

En el caso de los procesos colectivos: a) el incentivo, a los grupos y a los colegitimados, a la participación y elaboración de la norma jurídica que regulará el caso; b) el respeto a la libertad de conformación de sus situaciones jurídicas y de sus intereses, concretada en el derecho a la autonomía;³² c) la percepción de que por la participación se puede llegar a una justicia más adecuada, rápida y duradera, desde el punto de vista

³⁰ Con una preocupación similar, Flávio Yarshell, que añade: "la conciliación no puede y no debe ser prioritariamente vista como forma de desahogo del Poder Judicial. Es deseable esencialmente porque es más constructiva. El desahogo viene como consecuencia, y no como la meta principal. Esta constatación es importante: un enfoque distorsionado del problema puede llevar a resultados no deseados. Vista como instrumento de administración de la máquina judicial, la conciliación pasa a ser una preocupación con estadísticas. Su rechazo por las partes - derecho más que legítimo- pasa a ser visto como una especie de incumplimiento de un deber cívico y, en el proceso, puede hacer que se tome como enemigo del Estado al que no está dispuesto a renunciar a parte de lo que entiende ser su derecho. De ahí a reputar a la parte intransigente como litigante de mala fe hay un corto paso. Esto es la negación de la garantía constitucional de la acción y configura la ruptura del compromiso asumido por el Estado de prestar justicia. Este mismo Estado prohíbe que el ciudadano, salvo raras excepciones, haga justicia por las propias manos.". ("Para pensar a Semana Nacional da Conciliação". *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3)

³¹ Con el grave riesgo de celebración de "acuerdos inexecutable y antisociales que busquen tan solo la obtención de un dato en el plano estadístico de casos 'resueltos' o que ofrezcan una falsa sensación apaciguadora y de adecuación constitucional" (Nunes & Teixeira, 2012).

³² En la doctrina, demostrando la existencia de litigios colectivos globales, locales y de difusión irradiada (Vitorelli, 2015, 49-108). Como se ha argumentado, no hay "una" sociedad estática, sino diversos intereses en conflicto que necesitan tener la oportunidad de ser tenidos en cuenta en las soluciones autocompositivas, característica presente en los procesos colectivos y denominada "conflictividad interna", que aleja las antiguas presunciones de "indivisibilidad" como dogma de la tutela de los derechos de grupo.

coexistencial, en materias complejas y litigios en los que el comportamiento de las partes necesita ser monitoreado más allá de la decisión judicial que pone fin al proceso.

El respeto a los principios de la mediación y de la conciliación, en particular la independencia, la imparcialidad, la autonomía de la voluntad, la oralidad, la informalidad y la decisión informada, es esencial para lograr un resultado justo y equilibrado que respete el principio de adecuación.

Es peligrosa e ilícita, con base en la disposición expresa del art. 165, § 2º, CPC, la postura de algunos jueces que obligan a las partes a la celebración de acuerdos judiciales. No es recomendable, por otra parte, que el juez de la causa ejerza las funciones de mediador o conciliador, aunque esto no genere nulidad.

Lo ideal es que existan profesionales especialmente preparados para ejercer esta función, lo que no impide que el juez homologue los acuerdos realizados por las partes o supervise el proceso de mediación o conciliación.

El principio de la confidencialidad debe ser mitigado en razón del objeto en los procesos colectivos, restringiéndose a los sigilos que se refieren al secreto industrial, a cuestiones relacionadas a la protección de la competencia o de otro interés difuso y a las prohibiciones legales a la publicidad. La regla es que los acuerdos deben ser públicos y preferentemente los grupos afectados deberán tener acceso previo a su contenido.

10. Otras ponderaciones contra el acuerdo judicial: fiscalización del desequilibrio económico y de informaciones entre las partes

Además, conviene siempre estar atento, en un proceso de mediación, conciliación y negociación directa, al desequilibrio de fuerzas entre los involucrados (disparidad de poder o de recursos económicos)³³. Se trata de un factor que comúnmente lleva a uno de los sujetos a celebrar un acuerdo lesivo a su interés.

A propósito, he aquí lo que afirma Owen Fiss:

La disparidad de recursos entre las partes puede influir en el acuerdo de tres formas. Primero, la parte más pobre puede ser menos susceptible de reunir y analizar las informaciones necesarias para la previsión de la decisión del litigio, lo que la dejaría en desventaja en el proceso de negociación. Segundo, puede necesitar, de inmediato, de la indemnización que solicita y, por lo tanto, inducida a la celebración de un acuerdo como forma de acelerar el pago, aun consciente de que recibirá un valor inferior al que conseguiría si hubiera aguardado el juicio. Todos los que intentan acciones judiciales quieren sus indemnizaciones inmediatamente, pero un autor muy pobre puede ser explotado por un reo rico, pues su necesidad es tan grande que el reo puede obligarle a aceptar una cantidad inferior a la que tiene derecho. Tercero, la parte más pobre puede verse obligada a celebrar un acuerdo por no tener los recursos necesarios para la financiación del proceso judicial, lo que incluye tanto los gastos previstos como, por ejemplo, honorarios de abogados, como los que pueden

³³ Sobre el tema conviene consultar el conocido ensayo de Owen Fiss (Fiss, 2004, p. 121 e ss).

imponerse por su oponente por medio de la manipulación de mecanismos procesales como el de la instrucción probatoria (Fiss, 2004, p. 125).

Parte de estos problemas no ocurren o al menos se mitigan en las acciones colectivas brasileñas.

Antes que todo, en el modelo brasileño ocurre la participación del Ministerio Público como actor, sea como fiscal del ordenamiento jurídico, en defensa de los derechos colectivos.

En segundo lugar, el juez podrá controlar, como hemos visto, el contenido de los acuerdos en el momento de la homologación, justamente para impedir que ocurra un perjuicio al interés de los miembros del grupo que no participan en el proceso, es posible el recurso del colegitimado como tercer interesado y, además, la propia cosa juzgada se somete a la revisión secundum eventum probationis y a las alteraciones de los hechos.

En tercer lugar podrá ocurrir, y es saludable que ocurra, la divulgación y publicación del acuerdo, si es posible con audiencias públicas e intervención de *amicus curiae*, para permitir que los grupos interesados participen en la toma de decisión.

11. El principio de la primacía del juzgamiento de mérito, tutela integral del derecho, disparidad económica y la necesidad de producción de prueba adecuada para la conciliación o mediación: cosa juzgada *rebus sic stantibus*

El CPC adoptó una de las premisas del proceso colectivo consistente en la primacía del juicio de mérito. Esta premisa representa no sólo el derecho al juicio de mérito, sino también, el alejamiento de todos los artificios procesales que puedan perjudicar la tutela de los derechos.

De ahí que en los procesos colectivos la inexistencia de prueba, consistente en la locución "salvo por insuficiencia de pruebas", permite al juez dejar de juzgar el mérito de la demanda en lugar de aplicar la carga de la prueba como regla de juicio. De la misma forma, el juez podrá revisar en el futuro la decisión de fondo cuando las partes presenten prueba nueva capaz de por sí sólo alterar el resultado del juicio.

En consecuencia, cuando el acuerdo celebrado se basa en una prueba insuficiente, podrá revisarse, siempre que surja una nueva prueba que pueda alterar por sí sola el resultado del acuerdo, demostrando que se ha producido una tutela insuficiente del derecho por falta de conocimiento de las partes implicadas respecto de la extensión del ilícito o daño objeto del acuerdo.

La propia autocomposición en procesos colectivos debe ser la mejor informada posible (art. 166, principio de la decisión informada). Acuerdos muy precoces, sin las informaciones necesarias sobre los impactos, la extensión y las consecuencias del ilícito o del daño y sin condiciones de afirmar cuáles son las medidas necesarias o más adecuadas para su mitigación y reparación, tienden a ser perjudiciales para la tutela de los derechos y deben ser controladas por el juez en el momento de la homologación.

En estos casos, la cosa juzgada, cuando exista homologación de acuerdo, será *rebus sic stantibus*: sobreviniendo circunstancia de hecho que altere la situación

definida en la sentencia, podrá ser propuesta nueva acción.

Así, si, en un proceso jurisdiccional ambiental, el Ministerio Público u otro colegitimado celebran un acuerdo para la instalación de un determinado equipo para mitigar la contaminación de una empresa y, con el transcurso del tiempo, se descubre que la tecnología que se ha utilizado está superada, se debe celebrar un nuevo acuerdo o, si es imposible, debe ser intentada una nueva acción para la protección integral del bien ambiental, con la actualización tecnológica.

La decisión de homologación anterior podrá revisarse en caso que haya nuevas pruebas y nuevos hechos, capaces de modificar por sí mismos los elementos del acuerdo homologado (Abelha Rodrigues, [s.d.]).

12. La posibilidad de impugnación por los colegitimados por medio del recurso de tercer interesado y otras acciones de impugnación autónomas

Se acepta, en los planos doctrinal y jurisprudencial, que las partes litigantes firmen acuerdos en demandas colectivas, de modo que se ponga fin al proceso con juicio del mérito (artículo 487, III, "b"). El tema fue tratado ampliamente en este texto.

Según se pudo demostrar, el régimen de producción de la cosa juzgada en las demandas colectivas es distinto del reglamento común; la eficacia subjetiva de la cosa juzgada es uno de los puntos distintivos determinantes. Por lo tanto, habiendo homologación de acuerdo judicial en cuestión colectiva, habrá producción de la cosa juzgada erga omnes, impidiendo la proposición de nueva demanda por cualquiera de los colegitimados, incluso por aquellos que no participaron en la celebración del negocio jurídico. El acuerdo firmado no solo produce efectos en relación a los que participaron directamente en ese acuerdo, pues su objeto es tutelar el derecho colectivo, transindividual, de todo el grupo.

Esas circunstancias hacen que se admita la posibilidad de que el tercer colegitimado ingrese con un recurso, con miras a cuestionar la homologación del acuerdo, postulando así la prosecución del hecho hacia la heterocomposición.

En ese caso, no demanda el tercero una acción nueva; ejerce, mediante el recurso, la acción cuya legitimidad también es suya y ya había sido ejercida por otro colegitimado. Asume el proceso en el estado en que se encuentra, sin alterarlo objetivamente. No hay, con ello, supresión de instancia. Por otra parte, el parágrafo único del art.996 del CPC expresamente dice que cabe recurso de tercero que se afirme sustituto procesal para la discusión de la situación jurídica litigiosa - refinamiento promovido por el CPC de 2015 que fue poco notado por la doctrina, pero que para el proceso colectivo es fundamental.

Si no se permite esta impugnación recursiva del tercero, estará siendo vedado el acceso del colegitimado a la justicia, pues, con la cosa juzgada, ningún juicio podrá volver a examinar la causa; este punto también es fundamental, pues, en los litigios individuales, la cosa juzgada surgida de la homologación de la autocomposición no afecta al tercero. Sólo le quedará la acción rescisoria.

Por lo tanto, concordamos con las conclusiones de Geisa de Assis Rodrigues:

La discordancia de los demás colegitimados debe ser hecha a través de la

utilización de los mecanismos de revisión de la decisión judicial, o sea: recursos admitidos o acciones autónomas de impugnación, dependiendo del caso concreto. La decisión homologando el ajuste formulado en juicio es una decisión de mérito, y por lo tanto podrá ser cubierta por la intangibilidad panprocesual de la cosa juzgada material (Rodrigues, 2002, p. 237).³⁴

Homologada la autocomposición y transitada en juzgada la decisión de homologatoria, la autocomposición podrá ser impugnada mediante acción autónoma en el caso de nuevas pruebas (cosa juzgada secundum eventum probationis) o mediante acción rescisoria³⁵. El requisito, en el primer caso, es la demostración de que las pruebas nuevas son suficientes para generar otro resultado y que el acuerdo firmado fue realizado sin contenido probatorio suficiente para la definición de los derechos y obligaciones. No podría ser diferente, ya que el título judicial resultante del proceso de conocimiento no puede ser más débil que el título judicial resultante de la homologación de autocomposición en el juicio.

13. Diseño de sistemas de disputa (DSD)

El CPC tiene una disciplina muy abierta en cuanto a los medios de solución consensuada de los conflictos. Aunque ha tratado de la actividad de los mediadores y conciliadores en los arts. 165 a 175, el CPC usó este tramo para disciplinar el entero sector de la autocomposición, estableciendo normas que valen para cualquier actividad autocompositiva. En este sentido, crece, actualmente, la posibilidad de diseño de sistemas y procesos para gestión de disputas (DSD) (Sander et al., 2013), también denominado diseño de litigios y sistemas de disputa.

El diseño de sistemas de disputas parte de la premisa que, en algunos conflictos muy específicos, tanto por la complejidad de la materia, como por el número de personas involucradas, o por algún otro factor, hay una ausencia de adecuación del proceso judicial tradicional, siendo posible establecer convencionalmente una arena extrajudicial en la que estos conflictos puedan tratarse adecuadamente.

El CPC admite exactamente esta estrategia al mencionar que son aceptables en la mediación y conciliación; por lo tanto, en la autocomposición en general, lo son las técnicas de negociación que puedan resultar eficaces y que las partes puedan definir las reglas procedimentales aplicables. El § 2º do art. 3º del CPC habla expresamente en “otros métodos de solución de conflictos”, abriendo el sistema más allá de los modelos tradicionales.

Los ejemplos nacionales exitosos de esta actividad de diseño de sistemas de disputa se pueden encontrar en los casos de accidentes aéreos de TAM (Cámara de Indemnización 3054) y de AIR FRANCE (Programa de Indemnización 447) (Araújo & Fürst, 2014; Faleck, 2009).

Además de estos, está en curso, actualmente, el Programa de Indemnización

³⁴ También admitiendo el cuestionamiento del acuerdo por el colegitimado, Vigliar, J. M. (2001, p. 90).

³⁵ Sobre la rescindibilidad, en el CPC-2015, de la decisión de homologación del acuerdo, Didier Jr. & Cunha (2016, p. 429-430).

Mediada - PIM, de la Fundación Renova, que busca tutelar a las víctimas del Desastre del Río Doce.³⁶

Se percibe así que la idea del diseño de sistemas de disputas está inserta en el contexto de la justicia multipuertas y de la universalización de soluciones consensuadas o extrajudiciales pensadas en medida para litigios complejos y de alta conflictividad.

Entendemos que el proceso colectivo puede ser un campo fértil para el desarrollo de este tipo de solución de conflictos.

Es importante percibir que el CPC al reconocer la libre autonomía de los interesados para definir las reglas procedimentales (artículo 166, § 4ª, CPC), ha dado un importante impulso a esas iniciativas, cabiendo al Ministerio Público, en los procesos en que actúa, asegurar que los procedimientos diseñados para la solución de la controversia a través de la autocomposición, preservan el interés público, los bienes jurídicos tutelados y los derechos y garantías de las partes a las que está destinado tutelar.

Como señala Diego Faleck, para que este procedimiento sea potenciado y sus beneficiarios puedan confiar en los resultados del DSD, deben tenerse en cuenta al menos seis factores: a) transparencia; b) isonomía; c) apoyo en criterios objetivos; d) eficiencia; e) trato digno de las partes, y f) participación gubernamental (Faleck, 2009).

³⁶ Recientemente, en el desastre del Río Doce (Caso Samarco) la Fundación Renova inició un programa para obtener la mediación individual de los daños sufridos por la falta de agua (PIM Agua) y reparación general (PIM Reparación General). El PIM (Programa de Indemnización Mediada) aún está en fase de implementación y fue cuestionado en cuanto a algunas cláusulas. Es necesario acompañar el tema para verificar si la tutela obtenida atendió a los criterios del diseño de solución de disputas previsto por la doctrina y si atendió al criterio de la tutela adecuada en relación a los derechos protegidos por el Ministerio Público.

Bibliografia:

- Abelha Rodrigues, M. ([s.d.]). O TAC e a Coisa Julgada Rebus Sic Stantibus [Palestra]. XVIII Congresso de Direito Ambiental, São Paulo. Recuperado 24 de março de 2015, desde www.marceloabelha.com.br
- Almeida, D. A. R. de. (2011). O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, 195, 185-208
- Andrade, É. (2011). As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. *Revista de Processo*, RT.
- Andrews, N. (2007). L'Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato. Giuffrè.
- Araújo, N., & Fürst, O. (2014, fevereiro). Um exemplo brasileiro de uso da mediação em eventos de grande impacto: O programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, 91/104, 337/349.
- Brasil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil (CPC). Brasília: Congresso Nacional, 2015.
- Cabral, A. do P., & Cunha, L. C. da. (2016). Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "Mediação sem mediador". In H. Zaneti Jr. & T. N. Xavier (Orgs.), *Justiça Multiportas* (p. 709-726). Juspodivm.
- Cabral, A. do P., & Nogueira, P. H. P. (2015). A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In *Negócios processuais*. JusPodivm.
- Cadiet, L. (2012, dezembro). Los acuerdos procesales en derecho francés: Situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. www.civilprocedurereview.com
- Cappelletti, M. (2010). *Proceso, ideologia e sociedade*. Sérgio Antonio Fabris.
- Chase, O. G. (2014). *Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Marcial Pons.
- Costa e Silva, P. (2009). *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Coimbra Editora.
- Didier Jr., F. (2016). *Curso de Direito Processual Civil* (18º ed, Vol. 1). Juspodivm.
- Didier Jr., F., & Cunha, L. C. da. (2016). *Curso de Direito Processual Civil* (13º ed, Vol. 3). Juspodivm.
- Didier Jr., F., & Zaneti Jr., H. (2014). *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. (9º ed, Vol. 4). Juspodivm.
- Faleck, D. (2009, setembro). Introdução ao design de sistemas de disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 23.
- Fiss, O. (2004). Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade (D. P. G. da Silva & M. de M. Rós, Trads.). RT.
- Gravonski, A. A. (2011). *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva* (H. Zaneti Jr., Org.). RT.
- Gravonski, A. A. (2015). Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In H. Zaneti Jr. & F. Didier Jr. (Orgs.), *Processo Coletivo* (Vol. 8, p. 350-351). JusPodivm.
- Klonoff, R. H. (2012). *Class Actions and Other Multy-Party Litigation*. Thomson Reuters.
- Mancuso, R. de C. (2019). Ação civil pública: Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (15ª). *Revista dos Tribunais*.
- Marinoni, L. G., Arenhart, S. C., & Mitidiero, D. (2015). *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum*: Vol. Volume 2 (p. 173). RT.
- Nery, A. L. de A. (2012). *Compromisso de ajustamento de conduta* (2º ed). RT.
- NETO, J. L. L. (2015). O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! *Revista de Processo*, 244, 427-441.
- Nicolao, D. (2015). A colaboração premiada na improbidade administrativa: Possibilidade e repercussão probatória. In D. de R. Salgado & R. P. de Queiroz (Orgs.), *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade* (p. 439-460). JusPodivm.
- Nunes, D., & Teixeira, L. (2012). Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos. *Revista Consultor Jurídico*.
- Oteiza, E. (2019). Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: El ejemplo latinoamericano. In *Justiça Multiportas*. (2º ed, p. x). Juspodivm.
- Otero, P. (2003). *Legalidade e administração pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina.
- Pereira, M. A. M. (1995). Transação no curso da ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, 16, 116-128.
- Resnik, J. (2015). Diffusing disputes: The public in the private of arbitration, the private in courts, and the erasure of rights. *Yale Law Journal*, 2804-2939.
- Rodrigues, G. de A. (2002). Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. *Forense*.
- Sander, F. E. A., Bordone, R. C., Mcewen, C. A., & Rogers, N. H. (2013). *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. Wolters Kluwer.
- Sanders, F. (1979). *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. West Pub.
- Silvestri, E. (2014). Class actions in Italy. In V. Harsági & C. H. Van Rhee, *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice? Intersentia*.
- Van Rhee, C. H., & Tzankova, I. (2014). Collective Redress in the Netherlands. In V. Harsági & C. H. Van Rhee, *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice? Intersentia*.
- Venturi, E. (2016). Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, 251, 391-426.
- Vigliar, J. M. M. (2001). Ação civil pública (5ª). Atlas.
- Vitorelli, E. (2015). Tipologia dos litígios transindividuais: Um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In H. Zaneti Jr. & F. Didier Jr. (Orgs.), *Processo Coletivo* (Vol. 8, p. 49-108). JusPodivm.
- Zaneti Jr., H. (2014). *A Constitucionalização do Processo*. Atlas.
- Zaneti Jr., H. (2016). O Valor Vinculante dos Precedentes. *Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes* (2º ed). Juspodivm.

Oralidad en los procesos colectivos. Propuestas para su implementación

Orality in collective redress. Proposals for its implementation

Guillermo M. Aban **Burgos**¹

Resumen: Además de un cambio cultural en el modo de vivir el proceso, necesitamos reglas claras en una eventual legislación sobre procesos colectivos, que partiendo de una oralidad efectiva, trace pautas horizontales para aplicarse independientemente del fuero, materia y del vehículo procesal que puntualmente se utilice. Ello implicará un cambio de paradigma en la manera en la que se toman decisiones que influyen sobre la vida de miles de personas, haciéndolas más democráticas y con una base de amplio debate, que amplifique la legitimidad social y política del poder judicial, tradicionalmente visto como un poder elitista y contra-mayoritario.

Palabras clave: Litigio de interés público; Oralidad; Procesos colectivos; Proceso civil

Abstract: In addition to a cultural change in the way of living the process, we need clear rules in an eventual legislation on collective processes, which, starting from an effective orality, draw horizontal guidelines to be applied regardless of the jurisdiction, matter and the procedural vehicle that is occasionally used. This will imply a paradigm shift in the way decisions are made that influence the lives of thousands of people, making them more democratic and with a basis for broad debate, which amplifies the social and political legitimacy of the judiciary, traditionally seen as an elitist and counter-majority power.

Keywords: Public Interest Litigation; Orality; Class actions; Civil procedure

¹ Docente de Derecho Procesal Civil y Comercial, Universidad Nacional de La Plata y Universidad Nacional de Avellaneda. Asesor jurídico de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. Secretario del Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de La Plata. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Correo electrónico: guillermoaban@hotmail.com

1. La oralidad como uno de los rasgos de la reforma procesal

Las distintas problemáticas que enfrenta el sistema judicial argentino², han llevado a plantear la necesidad de su renovación integral, de modo de garantizar de un modo eficaz la tutela judicial continua y efectiva.

En ese contexto, las reformas procesales se caracterizan, en general, por la armonización de los Códigos con la nueva Ley Civil, la incorporación de nuevas tecnologías³, la atenuación del principio escriturario sobre la base de un proceso por audiencias con presencia del juez, la regulación de las tutelas urgentes, y el replanteo de la gestión del órgano judicial.

La oralidad civil, si bien no es una idea novedosa⁴, hoy encuentra respaldo en las mediciones de eficiencia publicadas periódicamente por el Ministerio de Justicia de la Nación⁵ en el marco del denominado Proyecto Justicia 2020⁶.

En la Provincia de Buenos Aires, la implementación del convenio celebrado entre la Suprema Corte y el Ministerio de Justicia de la Nación⁷, arroja resultados interesantes, pues con 110 jueces adheridos al Plan de Generalización de la Oralidad sobre un total de 168, se ha logrado fortalecer la inmediación y reducir significativamente la duración de los procesos⁸. Esta afirmación encuentra respaldo en las referidas encuestas, que reflejan un alto nivel de satisfacción, tanto por parte de los profesionales, como de los justiciables⁹.

Si bien el empleo de lo oral consiste en una metodología de producción y comunicación de la información entre los sujetos procesales, es eso y mucho más. Supone el uso de la palabra (y no de la escritura), como el único mecanismo para asegurar la inmediación y la publicidad, que requiere el debido proceso adjetivo consagrado en los tratados internacionales¹⁰.

Es llamativo que dos siglos más tarde tengamos que aclarar que el derecho constitucional de todo ciudadano a ser oído en su “día en la Corte”, es precisamente a ser oído en una audiencia, y no leído.

Este cambio de paradigma, requiere la presencia del juez bajo pena de nulidad, ya que si las funciones fuesen delegadas¹¹ no se garantizaría la inmediación, ínsita en la noción

² V. gr. duración de los procesos, nuevas realidades no legisladas, necesidad de mayor inmediación con los justiciables, etc.

³ V. gr. Videograbación de audiencias, notificaciones y presentaciones electrónicas, expediente digital, subasta electrónica, firma digital para magistrados, etc.

⁴ Nótese que el procedimiento civil romano ya era oral, y en el derecho patrio se remonta a las ideas de Jofré, Mercader, Morello, por sólo nombrar a los más destacados.

⁵ <http://datos.jus.gob.ar/pages/oralidad> (chequeado por última vez el 30/5/2019).

⁶ Programa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina que pretende lograr una transformación integral de las instituciones del sistema de justicia, a través de un proceso de participación guiado por la pluralidad de voces e ideas. Fuente: <https://www.justicia2020.gob.ar/institucional/> (chequeado por última vez el 30/5/2019).

⁷ Convenio Marco N° 393 (Acta Complementaria N°1. Registro N° 412) disponible en <http://www.scba.gov.ar/oralidad/oralidad.asp>

⁸ El Informe Nacional de la Generalización de la Oralidad Civil en la República Argentina publicado por el Programa Justicia 2020, señala que el promedio de duración, que habitualmente era entre 3 y 7 años se redujo en la Provincia de Buenos Aires a 1,4 años y el 43% de las causas se resolvieron por acuerdo. Informe publicado en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-oralidad-acorto-las-causas-civiles-poco-mas-de-un-ano-en-14-jurisdicciones> (chequeado por última vez el 30/5/2019).

⁹ Los resultados informados por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires indican que más del 99% aseguró que estaba satisfecho con el trato recibido, en tanto que el 93% manifestó su acuerdo con la duración de su proceso. Fuente: <http://www.scba.gov.ar/oralidad/oralidad.asp#3> (chequeado por última vez el 30/5/2019).

¹⁰ Convención Americana de Derechos Humanos arts. 8 y 25; Convención sobre los Derechos del Niño arts. 12 y 40; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos art. 14.

¹¹ Como ocurre en el proceso civil clásico, donde el juez sólo está obligado a asistir sólo cuando las partes lo pidan. Valga como ejemplo el art. 34 inc. 1° CPCC, que entre los deberes de los jueces, impone: “Asistir a las audiencias de prueba, bajo pena de nulidad, cuando cualquiera de las partes lo pidiere con anticipación no menor de dos días a su celebración [...]”.

de oralidad efectiva. Ello no implica que todas las actuaciones del proceso sean orales, sino que lo sean las que van a formar de modo directo la convicción del juzgador, y aquellas sobre las cuales debe sustentar su decisión. Ello, a fin de satisfacer de modo real la motivación adecuada reclamada por el ordenamiento civil y comercial sustantivo (Hankovits – Malchiodi, 2018).

2. La necesidad de una oralidad efectiva se agudiza en los procesos colectivos

Ahora bien, hasta aquí una apología de la oralidad en general, pero cabe preguntarnos qué ocurre con los procesos colectivos. Es imperativo hacernos éstos interrogantes, pues cuando el proceso por audiencias sea ley, tendremos que vérnoslas para aplicarlo a los litigios donde se debaten derechos de incidencia colectiva.

La situación se agudiza en los procesos colectivos de interés público, que siguiendo a Verbic (2014), podemos definirlos como aquellos en los que demandan al poder judicial expedirse sobre la convencionalidad de una determinada situación fáctica y exigen el dictado de una sentencia estructural (Verbitsky¹² – Mendoza¹³); y los que aun sin exigir ese tipo de decisiones, ponen a la magistratura en situación de decidir sobre la constitucionalidad de ciertas acciones u omisiones del Estado en el marco de la diagramación e implementación de políticas públicas (Halabi¹⁴ – Benghalensis¹⁵).

Entendemos que para otorgar voz a los que no la tienen, no es suficiente darles un representante procesal adecuado, sino que también es imperativo darles una oportunidad material de expresarse, obviamente dentro de un marco procedimental que lo haga viable. No hay que perder de vista que el proceso colectivo de interés público es una expresión de las tutelas procesales diferenciadas¹⁶.

La implementación de un sistema de audiencias como método institucionalizado para ventilar cuestiones de contenido altamente sensible para una comunidad determinada, conlleva ciertos caracteres que la tornan única. Veamos los fundamentos de esta afirmación:

a. El primero de ellos estriba en la significación republicana que tiene la audiencia pública como verdadero acto político, al permitir fortalecer el debate desde distintos ángulos. El acto no se circunscribe sólo a permitir que las partes expresen sus respectivas alegaciones e invoquen las pruebas que hacen a su derecho, sino que, además, concreta sus posiciones ante la sociedad que está observando un acto que debiera transmitirse en vivo gratuitamente¹⁷.

¹² CSJN en autos Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus, Fallos 328:1146.

¹³ CSJN en autos Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios, Fallos 329:2316 y Fallos 331: 1622.

¹⁴ CSJN en autos Halabi, Ernesto c/ PEN. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986, Fallos 332:111.

¹⁵ CSJN en autos Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, Fallos 323:1339.

¹⁶ La bibliografía es inmensa, pero por todos puede citarse un excelente trabajo: Tutelas procesales diferenciadas, Torres Traba, José María, Publicado en LA LEY Sup. Doctrina Judicial Procesal 2013 (junio), 01/06/2013, 66, Cita Online: AR/DOC/1859/2013.

¹⁷ La ley 26.522 Servicios de Comunicación Audiovisual, conocida popularmente como “Ley de medios” contempla el Derecho al Acceso a los Contenidos de Interés Público Relevante en su art. 77: “Se garantiza el derecho al acceso universal —a través de los servicios de comunicación audiovisual— a los contenidos informativos de interés relevante y de acontecimientos deportivos, de encuentros futbolísticos u otro género o especialidad. El Poder Ejecutivo nacional adoptará las medidas reglamentarias para que el ejercicio de los derechos exclusivos para la retransmisión o emisión televisiva de determinados acontecimientos de interés general de cualquier naturaleza, como los deportivos, no perjudique el derecho de los ciudadanos a seguir dichos acontecimientos en directo y de manera gratuita, en todo el territorio nacional”, y en la exposición de motivos el legislador expresa: “En cuanto a la vocación de crecimiento de los niveles de universalización del aprovechamiento de las tecnologías de la

Debemos partir de la base de que el proceso colectivo se ha convertido en una herramienta de participación política por parte de sectores que tradicionalmente no son escuchados por los poderes que ejercen la administración de la República. Tanto el conjunto de experiencias en marcha, así como el incremento de reclamos judiciales permite observar que la presión por parte de la ciudadanía para intervenir en este tipo de decisiones va aumentando y ello redundará, cada vez, en mayores exigencias sobre los diseños de los espacios de debate plural así como sobre su real aporte en las decisiones que finalmente se adopten (Berros, 2017).

b. En controversias que atañen a cuestiones vitales de los justiciables, la audiencia pública, también pone de manifiesto el sometimiento de éstas cuestiones al más amplio escrutinio público, a modo de garantía de la transparencia del procedimiento, como fiel expresión del contexto democrático en el que se produce. Así, el alto nivel de exposición pública que implica la audiencia abierta, eleva el estándar de calidad con el que las partes deben conducirse a la hora de exponer sus argumentos, asumiendo ello el carácter de un verdadero compromiso ante la sociedad, mucho más exigible, ciertamente, en lo que respecta al Estado.

c. Como tercer rasgo característico que se desprende de la audiencia, podemos identificar su significado legitimador no sólo de la intervención del Tribunal, sino también de la decisión que emita. A estos efectos, no debe olvidarse que una de las críticas más importantes que se le hacen al Poder Judicial radica en la falta de legitimación popular de los magistrados que lo integran, así como su inamovilidad, que es vista por algunos como una rémora que atenta contra el principio de renovación periódica de los funcionarios públicos. En su mérito, la celebración de la audiencia, con su nota de publicidad, autoriza a predicar la legitimidad de lo que en ella se haga y decida, de cara a la sociedad expectante.

Siendo ello así, no cabe sino concluir en lo fructífero de la adopción del sistema de audiencias, constituyendo un saludable ejercicio de justicia republicana al que bien se haría en replicar en todos los estamentos judiciales, sin que la eventual ausencia de reglamentación represente obstáculo alguno para su implementación.

Durante mucho tiempo, la ciudadanía estuvo resignada a no ser testigo de los actos judiciales, que se llevaban a cabo en ámbitos sombríos y en un lenguaje hermético. Esos tiempos parecen estar llegando a su fin, tornando real al menos dos de los elementos que informan el acceso a la justicia: la intermediación y la publicidad de los actos, del que la audiencia en la Corte es una de sus más cabales manifestaciones (Kamada, 2012).

comunicación y la información, el espíritu del proyecto es conteste con los mandatos históricos emergentes de las Declaraciones y Planes de Acción de las Cumbres Mundiales de la Sociedad de la Información de Ginebra y Túnez de 2003 y 2005, diciendo ellas: [...] 8) Reconocemos que la educación, el conocimiento, la información y la comunicación son esenciales para el progreso, la iniciativa y el bienestar de los seres humanos. Por otra parte, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) tienen inmensas repercusiones en prácticamente todos los aspectos de nuestras vidas. El rápido progreso de estas tecnologías brinda oportunidades sin precedentes para alcanzar niveles más elevados de desarrollo. Gracias a la capacidad de las TIC para reducir las consecuencias de muchos obstáculos tradicionales, especialmente el tiempo y la distancia, por primera vez en la historia se puede utilizar el vasto potencial de estas tecnologías en beneficio de millones de personas en todo el mundo”.

3. Insuficiencia de los esquemas tradicionales

La abrumadora mayoría de los procesos colectivos tramitan en forma escrituraria. Suponiendo que haya audiencias, rara vez son públicas. Entre las que son públicas la difusión es nula, ficta o insuficiente.

Va de suyo que el tradicional esquema escriturario no está pensado para tratar este tipo de problemáticas. Falcón (2014), en su Tratado, advierte que estos tipos de procesos tienen una formación de trámite, prueba y resolución que no puede regirse por las normas de los procesos individuales, sino que requiere un modelo propio en razón de sus especiales características.

El proceso por audiencias basado en una audiencia preliminar y otra de vista de causa, si bien es superador, necesita, como veremos, muchas modulaciones. A comienzos de la centuria, Oteiza (2006) ya advertía que ni la legislación vigente en materia de amparo, ni los procesos regulados por el Código Procesal Nacional, son vías aptas para tutelar este tipo de derechos, debido al esquema formalista, con un acentuado criterio escriturario sin verdadera intermediación, y en tribunales cargados de causas.

Por su parte, el amparo (que se muestra como la vía más elegida en la praxis para plantear pretensiones colectivas de interés público), tampoco ha demostrado ser una herramienta eficaz para canalizar estos conflictos. La ley nacional sólo contempla una audiencia de prueba (art. 9), que rara vez se materializa. En el marco legal bonaerense, si bien encontramos una audiencia simplificadora de prueba (art. 11), tampoco se celebra en la práctica.

Se hace evidente que además de un cambio cultural en el modo de vivir el proceso, necesitamos reglas claras en una eventual legislación sobre procesos colectivos, que partiendo de una oralidad efectiva, trace pautas horizontales para aplicarse independientemente del fuero, materia y del vehículo procesal que puntualmente se utilice¹⁸.

4. El claro mensaje de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ante las enormes lagunas existentes en este campo, y en un contexto social donde la promoción de acciones colectivas se ha multiplicado exponencialmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación asumió un rol determinante en el establecimiento y desarrollo de diversos principios, reglas de debate, e institutos procesales orientados a ordenar este tipo de discusiones (Verbic, 2015).

En lo atinente a lo que nos interesa, ha celebrado numerosas audiencias públicas¹⁹, que por lo demás han sido reglamentadas sistematizándolas en informativas, conciliatorias

¹⁸ La literatura sobre el particular es copiosa. Por todos, Los Procesos Colectivos. Necesidad de su regulación; Verbic, Francisco; Publicado en: LA LEY 2010-A, 769.

¹⁹ Por citar algunas de las últimas con mayor difusión: 14 de noviembre de 2018 - Causa "Farmacity S.A. c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros s/pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"; 14 de marzo de 2018 - Causa Riachuelo; "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios"; 8 de noviembre de 2017 - Emergencia de las aguas de la laguna La Picasa "Buenos Aires, Prov. de c/ Santa Fe, Prov. de s/ sumarisimo - derivación de aguas"; 30 y 31 de agosto de 2017 - Educación religiosa en escuelas públicas de Salta "Castillo, Carina y otros c/ Prov. de Salta - Min. de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo", entre muchas otras que pueden consultarse y verse en el CIJ (<https://www.cij.gov.ar/audiencias.html>).

y ordenatorias, mediante la acordada 30 del año 2007, en gran medida con motivo de la experiencia ganada en el marco de la causa “Mendoza”.

También ha dictado la acordada 28 sobre *amicus curiae* en el año 2004, reformada en 2013, con la finalidad de lograr una mayor efectividad en el uso del instituto.

Es indudable que la actitud asumida por el Tribunal Címero en lo atinente a la celebración de una audiencia, como instrumento procesal idóneo para escuchar las respectivas posiciones de las partes en conflicto, constituye una clara toma de posición relacionada con la idea que sus miembros tienen acerca de cómo deben resolverse ciertos problemas y, muy particularmente, aquellos que involucran cuestiones de alta sensibilidad social.

Este criterio, que se ha mostrado invariable en la más alta instancia judicial del país, denota una exteriorización ideológica innegable, que se impone por encima de lo que la ley ritual pueda o no establecer. Se trata, pues, de una elección consciente de la Corte que busca transparentar el accionar de la Justicia a la vez que marcar rumbos a los tribunales inferiores (Kamada, 2012).

5. ¿Qué se está haciendo? La oralidad en los proyectos de ley

Antes de analizar los proyectos y anteproyectos más importantes, vale destacar que el Código Modelo de Procesos Colectivos, elaborado en 2004 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ya preveía un sistema oral. El proceso modelo se desenvuelve por audiencias, contemplando una audiencia preliminar, y otra de instrucción y juzgamiento, si fuera necesario²⁰.

a. Proyecto del diputado Ramón de Ley Nacional de Acceso a la Justicia Colectiva²¹, en su artículo 2, entre los principios, coloca en forma protagónica a la oralidad: “La sustanciación de los procesos, en todas las instancias, se debe desarrollar en forma predominantemente oral, con excepción de los actos procesales que deben realizarse por escrito. En cualquier momento del proceso, el juez o jueza podrá convocar a audiencia pública al efecto que considere necesario para una mejor resolución del conflicto, o realizar de forma pública cualquiera de las audiencias establecidas en el procedimiento” (art. 37).

Contempla una estructura de cuatro audiencias. A saber:

1. Audiencia de apertura (art. 16);
2. Audiencia de prueba (art. 19);
3. Audiencia abierta para debatir sobre la razonabilidad y conveniencia de acuerdos conciliatorios (art. 24);
4. Audiencia para debatir sobre el o los representantes, en acciones colectivas pasivas (art. 11).

²⁰ Puede descargarse gratuitamente en: <http://www.iibdp.org/es/codigos-modelo.html>

²¹ Cuyo redactor es el Dr. Alejandro Álvaro A. Pérez Hazaña, ingresó en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina bajo N° de expediente 6234-D-2018.

b. Anteproyecto de ley de procesos colectivos impulsado por el Ministerio de Justicia de la Nación “Justicia 2020”

Consagra entre los principios (art. 2), a la oralidad e intermediación, y en su art. 14 expresa que las audiencias tienen carácter público, salvo que el juez en forma fundada resuelva limitar el acceso, debiendo ser filmadas y grabadas. Prevé cuatro audiencias, a saber:

1. Audiencia preliminar (art. 30);
2. Audiencias complementarias de la preliminar (art. 30 in fine);
3. Audiencia de producción de prueba (art. 30 inc. d);
4. Audiencia de evaluación de acuerdo conciliatorio o transacción (art. 37);

c. Anteproyecto Verbic – Salgado – Giannini

Prevé hasta seis o más audiencias públicas. A saber:

1. Audiencia pública de apertura para discutir acerca de la admisibilidad del proceso colectivo (art. 8);
2. Eventual segunda audiencia de apertura (art. 8 in fine);
3. Audiencia de prueba, que si bien no está expresamente regulada, se infiere su existencia del principio general;
4. Audiencia de evaluación de acuerdo de transacción o desistimiento (art. 12);
5. Audiencia para discutir el contenido y la modalidad de implementación del proyecto de cumplimiento de sentencias estructurales o complejas (art. 16);
6. Cuando se trate de conflictos colectivos de relevancia social, económica, política o institucional el juez podrá disponer la realización de otras audiencias públicas en cualquier instancia del proceso (art. 25 in fine).

d. Anteproyecto de Código General de Procesos de Chubut

Se trata del proyecto más innovador, pues revoluciona la manera en la que se estructuran los procesos, pretendiendo abarcarlos a todos en una norma general.

A grandes rasgos, clasifica a los conflictos en simples y complejos, colocando por regla a los procesos colectivos y de reforma estructural entre estos últimos. Incluye entre los elementos especiales del debido proceso colectivo, a la adopción inexcusable de mecanismos de participación ciudadana efectiva tales como audiencias públicas.

El principio general, en materia de audiencias, lo hallamos en el art. 530, según el cual, “[...] aquellos conflictos de mayor complejidad tramitarán mediante un proceso de conocimiento amplio, bajo un sistema de doble audiencia, la preliminar y de juicio. Entre otros, pueden considerarse como conflictos complejos: [...] d) Las violaciones colectivas o estructurales de derechos”. Es de destacar que el proyecto impone a jueces y partes, un deber calificado de trabajar en torno a la gestión del caso (art. 164).

Lo más revolucionario es la introducción de jurados populares (art. 118), que “[...] se realizarán en todos aquellos conflictos que involucren: a) Conflictos colectivos referidos a cuestiones de relevancia social, económica o política; b) constitucionalidad o convencionalidad de leyes, reglamentos o cualquier tipo de norma general”.

Establece un complejo universo de audiencias. A saber:

1. Audiencia sobre examen de viabilidad, admisibilidad, apertura e inscripción del proceso colectivo (art. 270);

2. Audiencia preliminar y/o de gestión del caso (art. 276), donde “[...] se determinarán los hechos controvertidos, abrirá la causa a prueba de ser procedente, definirá la admisibilidad y pertinencia de las pruebas, se resolverán las contingencias y se definirán las mejores medidas para gestionar adecuadamente el caso.

3. Audiencia sobre medidas innovativas o anticipatorias en forma previa y autónoma a la pretensión principal (Art. 321);

4. Audiencia sobre levantamiento o modificación de medidas cautelares (art. 300);

5. Audiencia de juicio, debate oral con alegatos de apertura y clausura (art. 535);

6. Audiencia de evaluación de acuerdo de transacción o desistimiento (art 523);

7. Audiencias en Cámara:

7.1. Recurso simple (art. 474): Audiencia multipropósito, que “[...] tendrá por objeto resolver acerca de la admisibilidad del recurso de apelación, las posibles soluciones compuestas y, en su caso, discutir en torno a la procedencia del recurso”.

7.2. Recurso complejo: Audiencia preliminar + Audiencia de debate (art 475). Tratándose de un recurso complejo, se convocará a las partes a una audiencia preliminar donde se discutirá en torno a: a) La admisibilidad del recurso, las medidas probatorias que se hubiesen replanteado o requerido y de los hechos nuevos que se denuncien; b) La posibilidad de arbitrar soluciones autocompuestas; c) Medidas de gestión del caso que sean convenientes para mejorar su tramitación y procesamiento. Todo ello de cara a la audiencia de debate dónde se expondrán las alegaciones sobre la procedencia del recurso.

8. Ejecución de sentencias complejas: Audiencia multipropósito (art. 572). Audiencia complementaria (art. 573).

9. Ejecución de sentencias estructurales (art. 593), en las que “[...] de entenderlo necesario, el juez podrá [...] fijar una audiencia para discutir el contenido y la modalidad de implementación de dicho plan (de ejecución) antes de aprobarlo”.

e. Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos de la Provincia de Tucumán

En el art. 3, entre los Principios, incluye a la oralidad (inc. b) y a la intermediación (inc. c), indicando que los jueces deben presidir las audiencias, bajo pena de nulidad. Prevé las siguientes:

1. Audiencia de apertura “[...] para discutir acerca de la admisibilidad del proceso colectivo” (art. 13);

2. Audiencia preliminar - de saneamiento – resolución de excepciones (Art. 19): “Contestado el traslado de las excepciones se convocará a una audiencia para su resolución. Si son rechazadas, el tribunal determinará los hechos controvertidos. Las partes ofrecerán pruebas y el tribunal definirá su admisibilidad y pertinencia, dictará las medidas de mejor proveer que fueren necesarias, [...] Culminada dicha audiencia, el juez resolverá mediante decisión interlocutoria fundada y motivada, si se encuentran reunidos los recaudos de admisibilidad del proceso colectivo y de las pretensiones deducidas. En caso afirmativo, declarará la apertura del proceso, ordenará su inscripción en el Registro de Procesos Colectivos, dispondrá las medidas de publicidad del proceso y correrá traslado de la demanda por el plazo de quince (15) días”.

3. Audiencia de producción de prueba (art. 20): “Si la prueba no puede ser producida en una sola audiencia, fijará un cronograma de la actividad procesal que debe llevarse a cabo”;

4. Audiencia de evaluación de acuerdo de transacción o desistimiento (art. 21);

5. Audiencia para discutir el contenido e implementación del proyecto de cumplimiento de sentencias estructurales o complejas (art. 26);

6. Audiencia abierta, para debatir sobre el o los representantes, en acciones con pretensiones colectivas pasivas (art 27);

6. De lege ferenda. Propuestas para la implementación de la oralidad en los procesos colectivos

I. En general

a) Diseñar canales de discusión que contemplen la consideración de problemáticas en diversas escalas territoriales;

b) Involucrar a todos los interesados en participar del proceso: particulares, asociaciones civiles, pueblos originarios, académicos, universidades nacionales, empresas y agencias del Estado;

c) Construir canales robustos para presentar la voz y saberes de quienes no provienen del sistema científico-tecnológico;

d) Diagramar un sistema donde los aportes de los expertos sea transparente, y que permita conocer las vinculaciones que han tenido en el pasado, o tienen en el presente, con los interesados;

e) Establecer la forma de presentación de los resultados por parte de los expertos, aclarando su posicionamiento en el espectro de argumentos científicos postulados sobre el tópico;

f) Finalmente, y esto es esencial, edificar un sistema que permita una real injerencia de lo discutido, en la decisión finalmente adoptada, aun cuando el resultado de las audiencias públicas no sea vinculante. Es más, todo acto emanado de cualquiera de las tres funciones del poder (Leyes, Actos Administrativos, o sentencias), debería citar en sus fundamentos lo surgido de la audiencia, y en caso de apartarse de lo expresado por la

mayoría – que podría pasar que no la haya, pero en otras obviamente sí, como aumentos, contaminación, etc.-, debería imponerse un deber de fundamentación agravado bajo pena de nulidad.

Estas observaciones, entre muchas otras que podrían ser puntualizadas, requieren por parte del derecho de una tarea de traducción en herramientas jurídicas adecuadas que permitan configurar mecanismos de participación ciudadana facilitando el ingreso al debate de la diversidad de actores que pueden aportar su punto de vista.

II. En especial

Estimamos que dentro de un proceso colectivo pueden darse una multiplicidad de audiencias públicas, que no necesariamente deben producirse todas. Ello dependerá de las especiales características del caso, pues hay afectaciones masivas que pueden tener lugar a partir de un hecho común homogéneo relativamente sencillo, o bien litigios de reforma estructural con una gran complejidad en todas sus etapas, pasando por un sinfín de matices en materia ambiental, consumeril o derechos sensibles en general. Veamos:

a. Audiencia de apertura

Al igual que los proyectos “Ramón”, Chubut y Tucumán, parece razonable establecer una audiencia para discutir acerca de la admisibilidad del proceso colectivo. Es una buena oportunidad para fijar el objeto de la pretensión en su dimensión colectiva, una eventual conformación de grupos y sub-grupos, fijación de medidas eficaces de publicidad (fijando cargas en punto a los gastos que conllevan), la representatividad adecuada, la participación de amicus, de terceros adherentes, o incluso el Ministerio Público.

Contrariamente a lo regulado en la mayoría de los proyectos examinados, estimamos que la eventual distribución dinámica de las cargas probatorias debe realizarse en esta audiencia, ponderando el deber de colaboración, la situación de las partes en relación al objeto del proceso y los principios de la materia de fondo de que trate. Ello atento a la complejidad que la producción de evidencia puede alcanzar en el litigio de clase. Hacerlo al momento de la audiencia preliminar, donde se provee la prueba ya ofrecida, porta una evidente injusticia.

b. Audiencia sobre medidas cautelares o de tutela anticipada

Es sabido que en este tipo de procesos las medidas cautelares y las tutelas anticipadas cobran un rol protagónico. Sin perjuicio de que los magistrados pudieran concederlas inaudita parte, y aun de oficio mediante mandato preventivo, sería fructífero un debate oral y público acerca de su modificación o mantenimiento, y bajo qué condiciones.

Ni hablar del debate acerca de la definitividad de este tipo de sentencias de cara a la articulación de recursos extraordinarios, tema casi inexplorado por los autores, que tanto la Corte Provincial, como la Nacional, han preferido mantener en los carriles de la doctrina clásica²², es decir, desconociendo por regla su equiparación a sentencia definitiva. Solo

²² Valga como cabal ejemplo la sentencia dictada por la SCBA de fecha 11 de Febrero de 2016 en autos Usuarios y Consumidores Unidos y otros contra Telecom Personal S.A. y otro/a. Daños y perj. del./cuas. (exc. uso aut. y Estado), donde recuerda que “esta Corte ha sostenido reiteradamente que, en principio, las resoluciones relativas a medidas cautelares -como la aquí objetada- no resultan definitivas a los fines de los recursos extraordinarios...” (considerando 2).

pretendemos esbozar la problemática, en tanto la consideración sobre el particular excede el marco de este trabajo.

c. Audiencia Preliminar - Resolución de excepciones – Saneamiento

Independientemente de la denominación que pudiéramos otorgar a esta audiencia, está claro que sirve para definir la gestión del caso, sanear eventuales defectos de la etapa postularia y resolver excepciones previas.

Muchas veces las excepciones previas complican la continuación del proceso. Por caso, el debate acerca de la competencia o la legitimación, que no pocas veces llega hasta CSJN demorando años la prosecución de la litis.

Si son rechazadas, el tribunal determinará los hechos controvertidos. Las partes ofrecerán pruebas y el tribunal definirá su admisibilidad y pertinencia, dictará las medidas de mejor proveer que fueren necesarias, y dispondrá la carga provisoria de los gastos de producción probatoria si correspondiere.

d. Audiencia de vista de la causa con alegatos orales

Debe ser una audiencia donde no sólo se produzca la prueba testimonial y den explicaciones los peritos, sino que también es el momento de escuchar a los amigos del tribunal y las voces que pudieran aportar contenido de calidad para la resolución del pleito. La jueza tiene la responsabilidad de promover una discusión amplia e igualitaria.

Va de suyo que deben abandonarse los tradicionales interrogatorios leídos y las posiciones medievales de la confesional, para ser sustituidas por un debate amplio, con interrogatorio abierto a viva voz por parte de los litigantes y magistrados.

La posibilidad de realizar alegatos orales no puede ser denegada. En casos de gran trascendencia esta audiencia debiera ser transmitida por medios masivos de comunicación conforme las previsiones del art. 77 de la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

e. Audiencia de análisis de acuerdos transaccionales para debatir sobre su razonabilidad y conveniencia. La convocatoria debe ser amplia para dotar al posible acuerdo de la mayor transparencia posible. En coincidencia con el Anteproyecto Chubut, estimamos que debe convocarse, además de las partes, y el Ministerio Público, a miembros del grupo afectado, amicus curiae, y medios de prensa.

f. Audiencias públicas de control de plan de cumplimiento de sentencias estructurales o complejas + Audiencias públicas de supervisión

Cuando en la sentencia definitiva se imponga una condena de hacer cuyo cumplimiento resulte complejo, la jueza deberá ordenar al condenado que presente un proyecto de cumplimiento, acompañando su respectivo cronograma de posible cumplimiento y de un análisis con previsión de costos. De entenderlo necesario, el juez podrá introducir modificaciones y fijar una audiencia para discutir el contenido y la modalidad de implementación de dicho plan antes de aprobarlo. Correlativamente deben convocarse audiencias de supervisión y control de la ejecución de dicho plan.

g. Aplicación del juicio por jurados para causas colectivas de gran trascendencia social

Entendemos que ésta, es la mayor aspiración dentro de un sistema democrático que reglamente legalmente el juicio colectivo por audiencias. El juicio por jurados, históricamente significó la participación del pueblo en la toma de decisiones judiciales, aportando su valoración en punto a la fijación de los hechos.

La figura estuvo tradicionalmente ligada al ámbito penal, pero lo cierto es que nuestra Constitución nada dice al respecto, dejando abierta la posibilidad la existencia de un juicio por jurados no penal, en circunstancia donde esté comprometido el interés general.

h. Audiencias públicas en las instancias de revisión

Tal como lo ha hecho la CSJN, en su práctica y reglamentándolas a través de la Ac. 30/2007, creemos que las audiencias públicas deben replicarse en las instancias de revisión, tanto ordinarias como extraordinarias.

Una vez más el modelo de Chubut es el más preciso en punto a esta cuestión. No podemos menos que compartir la necesidad de dos audiencias en la alzada. Una preliminar, dónde se discutirá en torno a la admisibilidad del recurso, las medidas probatorias que se hubiesen replanteado o requerido y de los hechos nuevos que se denuncien; la posibilidad de arbitrar soluciones autocompuestas; y las medidas de gestión del caso que sean convenientes para mejorar su tramitación y procesamiento, determinando la organización y actividades de la agenda para la audiencia de debate, en la que las partes, amicus, ministerio público, referentes de sociedad civil, argumentarán in voce sobre la procedencia de los recursos en juego.

7. ¿Qué podemos hacer hoy? Conclusión

Claramente con las pocas normas que tenemos hoy²³, necesitamos jueces activistas, comprometidos con el rol político que están llamados a ocupar, con los ideales de la justicia de acompañamiento (Berizonce, 2019; Masciotra, 2019), y en su nueva misión como comunicadores sociales (Verbic, 2018).

La aplicación de la teoría de las tutelas procesales diferenciadas puede ser una alternativa viable. Lo mismo podemos decir de la aplicación del case management anglosajón (Sedlacek, 2013).

No obstante existen diversas normas que pueden apuntalar la estructura de un proceso colectivo por audiencias con las reglas vigentes en la actualidad.

Hoy por hoy, la puesta en práctica de las audiencias preliminares, de saneamiento y de vista de causa, encuentran su fundamento en las potestades ordenatorias e instructorias de los jueces (arts. 34 inc. 5° b, 36 inc. 4° y 487 del CPCC bonaerense), sin que exista mayor reparo al respecto.

Por su parte, el Código prevé en el art. 349 una audiencia para resolver excepciones, y en el art. 181 una audiencia para resolver incidentes. Este artículo es clave, en tanto la mayoría de los asuntos a resolver en el marco de un proceso colectivo tienen naturaleza

²³ Esencialmente, el art. 43 CN, la Ley General del Ambiente 25.675 arts. 20, 30, 31 y 32; Ley de Defensa del Consumidor 24.240 arts. 52, 54 y 55; y la Ac. 12/16 CSJN sobre requisitos de la postulación de pretensiones colectivas.

incidental. Aquí el cambio cultural es clave, pues tal norma ha sido letra muerta durante décadas, sin que jamás se aplicara.

Finalmente, el art. 125 CPCC nos dice que las audiencias serán públicas, salvo disposición expresa en contrario, lo que va en línea con el carácter abierto que debe tener este tipo de actos.

En definitiva pensamos que más allá del plano normativo, es crucial un cambio de paradigma en la manera en la que se toman decisiones que influyen sobre la vida de miles de personas, haciéndolas más democráticas y con una base de amplio debate, que amplifique la legitimidad social y política del poder judicial, tradicionalmente visto como un poder elitista y contra-mayoritario.

Bibliografía:

- Benedetti, M. A. y Sáenz, M. J. (2016), Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia, Buenos Aires, Argentina. Siglo XXI Editores.
- Berizonce, R. O. (2018), Justicia de acompañamiento o protección, Revista Semanario de Jurisprudencia Argentina del 06/02/2019, p. 9. Cita Online: AP/DOC/909/2018.
- Berros, M. V. (2017), Apuntes para democratizar las decisiones colectivas que afectan a la naturaleza, Revista La Ley Suplemento Ambiental del 21/11/2017. Cita Online: AR/DOC/2727/2017.
- Falcón, E. (2014), Procesos voluntarios, especiales (de conocimiento y ejecución) y colectivos, Tomo VI. Buenos Aires, Argentina. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores.
- Hankovits, F. A. - Malchiodi, A. (2018), La oralidad en el proceso civil como elemento esencial del debido proceso desde la perspectiva transnacional, Revista Semanario de Jurisprudencia Argentina del 31/01/2018, p. 61. Cita Online: AP/DOC/1083/2017.
- Kamada, L. E. (2012), Las audiencias públicas judiciales como manifestación republicana, Revista La Ley NOA 2012 (diciembre), p. 1161. Cita Online: AR/DOC/4744/2012.
- Masciotra, M. (2019), Principios que rigen la justicia "Protectora" o de "Acompañamiento", Revista La Ley Tomo 2019-B p.1189.
- Oteiza E. (2006), Procesos colectivos, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal Culzoni Editores.
- Sedlacek, F. (2013), Nuevas Herramientas para la Ejecución de Sentencias en Litigios Estructurales: El Case Management Anglosajón y la Cosa Juzgada Dinámica, Revista de Derecho Procesal Tomo 2013-2 p. 234. Santa Fe, Argentina. Rubinzal Culzoni Editores.
- Verbic, F. (2010), Los Procesos Colectivos. Necesidad de su regulación, Publicado en: Revista La Ley tomo 2010-A, p. 769.
- Verbic, F. (2014), Un nuevo proceso para conflictos de interés público, Publicado en: Revista La Ley del 12/11/2014, p. 1. Cita Online: AR/DOC/3251/2014.
- Verbic, F. (2015), La Corte Suprema argentina y la construcción de un debido proceso colectivo, Publicado en Int'l Journal of Procedural Law, Volume 5 (2015), No. 1.
- Verbic, F. (2018), El rol de los jueces en la actualidad, Publicado en: Revista La Ley del 15/05/2018, p. 1. Cita Online: AR/DOC/854/2018.
- Verbic, F. y Sucunza, M. (2016), Medidas cautelares en procesos colectivos: ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias, en Morello, A. M., Sosa, G. L. y Berizonce, R. O. Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Comentados y Anotados, 4ta Ed. Tomo III, pp. 809-818. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot.

Capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Legal capacity of people with disabilities

José María Martocci¹ - Ignacio Oscar Zelasqui^{2 3}

“Conocemos, a través de experiencias penosas, que el opresor nunca da la libertad voluntariamente, tiene que ser demandada por el oprimido”. (Martin Luther King, 1963: “Carta desde la Cárcel de Birmingham”)

Resumen: El nuevo Código Civil y Comercial vino a incorporar el paradigma constitucional de Derechos Humanos y sus principios de defensa de la dignidad de toda persona y la tutela preferente de los grupos en situación de vulnerabilidad. Los tiempos jurídicos han cambiado, pero las prácticas sociales e institucionales no tanto. Como era de esperar el nuevo código introdujo modificaciones en el régimen de capacidad jurídica históricamente gestado en el modelo médico positivista que aún se erige como una barrera infranqueable para las transformaciones discursivas y la instauración de prácticas con perspectiva de derechos humanos, tomando la diversidad como valor inherente a la condición humana. Encontramos en el tratamiento de la capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad un ámbito donde estas tensiones, resistencia y disputas se ponen de relieve.

Palabras clave: Capacidad jurídica; Derechos Humanos; Personas con discapacidad; Salud mental

Abstract: The new Civil and Commercial Code incorporated the constitutional paradigm of Human Rights and its principles of defense of the dignity of every person and the preferential protection of groups in vulnerable situations. Legal times have changed, but social and institutional practices not so much. As expected, the new code introduced modifications in the legal capacity regime historically developed in the positivist medical model that still stands as an insurmountable barrier for discursive transformations and the establishment of practices with a human rights perspective, taking diversity as a value inherent in the human condition. We find in the treatment of the legal capacity of Persons with Disabilities an area where these tensions, resistance and disputes are highlighted.

Keywords: Juridical capacity; Human Rights; Persons with disabilities; Mental health

¹ Abogado (FCJyS-UNLP). Director de Clínicas Jurídicas en Discapacidad y Derechos Humanos (FCJyS-UNLP). País: Argentina. La Plata, provincia de Buenos Aires. Correo: jmmartocci@estudiomartocci.com.ar

² Abogado (FCJyS-UNLP). Becario doctoral, investigador de la Universidad Nacional de La Plata (FCJyS-GECSI). Integrante de Clínica Jurídicas en Discapacidad y Derechos Humanos (FCJyS-UNLP). País: Argentina. La Plata, provincia de Buenos Aires. Correo: izelasqui@jursoc.unlp.edu.ar

³El presente artículo es un trabajo de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos, cuyos redactores finales son José María Martocci e Ignacio Oscar Zelasqui. Agradecemos la lectura atenta y los aportes de Leticia Otero y Fabián Murua.

1. Una nueva introducción

En el año 2013 la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP elaboró, en conjunto, el texto que presentamos aquí. Lo hizo en un contexto distinto al presente, cuando la Convención Internacional en la materia aún no tenía rango constitucional en la Argentina, aunque sí aprobación legislativa, y cuando se encontraba en plena elaboración y debate el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que vino a suplantarse al Código Civil decimonónico, que forjó el Derecho privado argentino bajo la impronta del paradigma liberal, individualista, positivista y heterofalocentrista.

El nuevo Código Civil y Comercial vino a incorporar el paradigma constitucional de derechos humanos y sus principios de defensa de la dignidad e igualdad de toda persona y de la tutela preferente de los grupos y colectivos en situación de vulnerabilidad. Como era de esperar introdujo modificaciones en el régimen de capacidad jurídica para personas con discapacidad que, al no estar consagradas, no fue posible abordar en la anterior versión del presente trabajo y que lo hacemos aquí, desde la misma perspectiva crítica pero también propositiva y constructiva de abordajes y soluciones posibles que aseguren, siempre y en todos los casos, el protagonismo de toda persona con discapacidad (PCD en adelante) en las decisiones de su vida, en sus intereses, preferencias y deseos.

Veremos que para esto se requiere un proceso judicial distinto, con compromiso personal de sus operadores en comprender la singularidad de la vida que se presenta, para ser asegurada en su plenitud posible. Este trabajo de inmediatez, de conocimiento sutil, profundo, holístico, obliga a jueces y juezas a desplegar “aristas de artesano” para el diseño de un sistema de apoyos siempre revisable, para asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica, no para suplirla.

Decimos por último que el texto que presentamos aquí es el resultado, nunca concluido ni cerrado, de un trabajo conjunto en el tiempo clínico que transcurre en nuestra Universidad pública, que mantiene su espíritu constructivo, crítico y confiado en ser parte de la construcción social de derechos con participación directa de la comunidad involucrada en su vulneración.

2. Introducción

El concepto jurídico de persona sobre el que se estructuraba el Código Civil argentino desde su origen decimonónico hasta su sustitución por el Código Civil y Comercial sancionado en el año 2014, es el de la persona humana como mero sujeto económico susceptible de contratar y adquirir propiedades, a tono con el tipo de previsibilidad que exigía la peculiaridad constitutiva de los mercados capitalistas. Así, el sujeto de protección de dicho Código fue el hombre cisvarón, heterosexual, blanco, propietario, padre de familia, urbano e instruido: un sujeto capaz de contratar, adquirir y producir bienes. El *homo economicus*. El vasto mundo humano ajeno a ese patrón de normalidad no sólo quedó fuera de tutela, sino además subordinado a aquél.

Los tiempos jurídicos han cambiado, pero las prácticas sociales, familiares e institucionales no tanto. Elocuente expresión de esta contradicción es sin duda el tratamiento de la capacidad jurídica de las Personas con Discapacidad (PCD en adelante) a quienes se dirige una vigorosa protección convencional pero sin embargo, las prácticas persisten bajo parámetros de discriminación, sustitución de la voluntad y de la autonomía, intolerables en términos de dignidad humana.

Para las PCD los conceptos de la parte general del antiguo Código Civil de Vélez y la privación de hecho de la capacidad jurídica no sólo vulneraban la igualdad ante la ley, sino incluso la posibilidad de ejercer otros derechos, y constituían los mayores obstáculos para la participación social en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

El Código Civil y Comercial ha cambiado a tono con el paradigma constitucional de derechos humanos (con algunas zonas de tensión que veremos sobre el final), sin embargo las prácticas sociales e institucionales gestadas en el modelo médico positivista mantiene, particularmente en el campo de la capacidad jurídica de las PCD, una férrea resistencia bajo el antiguo imaginario de salud mental y de “normalidad” que se erige con toda su potencia clasificatoria en una barrera infranqueable para las transformaciones discursivas y la instauración de prácticas respetuosas y tolerantes desde la perspectiva de los derechos humanos y la diversidad como valor inherente a la condición humana.

3. La discapacidad como cuestión de derechos humanos

El objeto o propósito de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPCD o la Convención) no es otro que “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (Art. 1º).

Esto demuestra que no se ha pretendido crear nuevos derechos para las PCD, sino que simplemente, y de manera explícita a través de su Preámbulo⁴, la finalidad ha sido adaptar las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos existentes al contexto específico de la discapacidad, y a la vez asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las PCD. No obstante, los postulados de igualdad y no discriminación son frecuentemente dejados de lado en el contexto de la discapacidad.

Sabido es que existen diversas maneras de considerar el derecho a la igualdad. Una de ellas, la igualdad formal clásica o igualdad ante la ley, exige que los beneficios públicos y las cargas recaigan de igual manera sobre aquellas personas que se encuentran en una situación similar. La otra noción de igualdad, crucial en este contexto, se vincula con la igualdad de oportunidades, vale decir, una igualdad real o sustancial que reclama una intervención fuerte del Estado mediante políticas públicas de inclusión de los grupos y colectivos en situación de vulnerabilidad y desigualdad estructural.

⁴ Preámbulo: “Los Estados Partes... Recordando (...), Reconociendo (...), Reafirmando (...), Destacando (...), Observando con preocupación (...), Considerando (...), Preocupados (...), Subrayando (...), Teniendo presente que (...), Conscientes y convencidos (...), Conviene en lo siguiente:”.

Debemos subrayar que esta segunda igualdad pregona –y reclama (art. 75 inc. 23 CN.)- una fuerte intervención del Estado para incluir al expulsado por el sistema económico y social, a la población “sobrante”, a la diferencia que queda fuera. Omitir esta intervención es, por tanto, inconstitucional. La reforma constitucional operada en el año 1994 implicó el paso de una igualdad formal clásica a una sustancial fundada en la equidad.

Lo que se requiere, entonces, en el campo de la discapacidad son dos cosas. En primer lugar, que la “diferencia” que implica no sea usada negativamente; y en segundo lugar, que se diseñen y sostengan medidas activas del Estado y de la sociedad. Y aquí se sitúa el núcleo del problema: para alcanzarlo se requieren acciones y no meramente abstenciones. El Estado debe actuar, intervenir a favor de las personas en situación de vulnerabilidad, ya no puede solo abstenerse.

En este punto, la respuesta brindada por el derecho en los últimos tiempos ha sido la implementación de fórmulas antidiscriminatorias, por medio de políticas públicas mayormente conocidas como medidas de acción positiva, cuyo propósito es quebrar viejos patrones de jerarquía, segregación y exclusión y abrir oportunidades para minorías o grupos desaventajados a quienes les han sido cerradas histórica y sistemáticamente.⁵ El sistema de “cupos” es una típica medida en este sentido.

El desafío para que el modelo social del cual se impregna la CDPCD se consolide en lo conceptual y en lo instrumental reside en un “qué” hacer por parte de la sociedad y del Estado, enfocado en remover barreras y prejuicios, que es donde nace y se consolida la exclusión y subestimación de la PCD.

Este cambio de paradigma implica asumir que las causas de la discapacidad son fundamentalmente sociales y que las características médicas y biológicas de la persona tienen importancia en la medida en que evidencian la capacidad -o incapacidad- de la sociedad para dar respuesta a sus necesidades (Acuña y Bulit Goñi, 2010).

4. El concepto de persona con discapacidad

Según el artículo 1º de la CDPCD “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El modelo social es concluyente en afirmar que más allá de la diversidad funcional de las PCD, es la propia sociedad la que discapacita, la que excluye del ejercicio de sus derechos.

⁵ La Constitución Nacional establece en el artículo 75 inciso 22: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato... en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. En el mismo sentido, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el artículo 36, inc. 5 dispone que toda persona con discapacidad tiene derecho a la protección integral del Estado, incluida su inserción social y laboral.

De este modo, se realiza una distinción entre lo que comúnmente se denomina deficiencia (diversidad funcional) y lo que se entiende por discapacidad.⁶

En la misma línea, el nuevo modelo niega que la diversidad funcional sea un impedimento, centrándose en cambio en la discriminación como el obstáculo clave para la calidad de vida de las PCD.

Lo más importante es resaltar el hecho de que las barreras sociales y la diversidad funcional interactúan y que para que se desencadene la discapacidad debe estar presente la diversidad funcional; puesto que la discapacidad es la forma de discriminación específicamente dirigida a las personas que tienen, pueden tener o han tenido una diversidad funcional (Palacios, 2008: 190).

Los valores, las normas y prácticas sobre la “deficiencia” forman parte de un discurso históricamente construido que no afecta sólo a las PCD, regula también las vidas de las personas consideradas “normales”. El discurso de la deficiencia oculta, tras su pretendida cientificidad y neutralidad, el problema de la identidad y la alteridad; en resumen, la cuestión de la otredad.

La cuestión de la nominación del Otro constituye, apenas, un debate sobre mejores y peores eufemismos para denominar la alteridad, y lo dicho no supone minimizar el efecto que su peligrosidad conlleva para la cotidianidad. Son viejas y nuevas acepciones que sirven para trazar viejas y nuevas fronteras referidas al estar fuera o estar del otro lado. La cuestión no se resuelve en encontrar términos políticamente correctos para describir y rotular, sino en deconstruir el supuesto orden natural de los significados que los localizan en ciertos discursos y prácticas de poder, y producir rupturas en la lógica binaria de oposiciones.⁷

5. La capacidad jurídica en el régimen del Código Civil derogado

Históricamente el concepto de capacidad jurídica ha distinguido tanto la capacidad o aptitud para ser titular de derechos (capacidad de derecho) como el ejercicio real y efectivo por sí mismo de los derechos (capacidad de hecho). Esta distinción ha obrado una trampa en perjuicio de las PCD pues ¿de qué sirve ser titular de derechos si no se pueden ejercer?

En rigor, reconocer titularidad en los derechos y al propio tiempo vedar su ejercicio implica en los hechos la “muerte civil”. Es que la privación de la capacidad jurídica para actuar o ejercer los derechos —es decir, para ser titular y responsable de las propias decisiones— no sólo vulnera la igualdad ante la ley, sino el ejercicio de muchos otros derechos, confinando a la PCD a un estado de pasividad y de sustitución de su voluntad.

⁶ Según el Manifiesto elaborado por la UPIAS (Union of Physically Impaired Against Segregation) cuyos principios fueron receptados por el Movimiento de Vida Independiente, una deficiencia es: “la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo” y una discapacidad “la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad”.

⁷ Las oposiciones binarias suponen que el primer término define la norma y el segundo no existe fuera del dominio de aquél.

En breve repaso, el sistema civilista anterior al Código Civil y Comercial sancionado en el 2014 contemplaba una interdicción total (por demencia –Art 141-) y otra parcial (por disminución de facultades –Art. 152bis.-). De este modo, la insania (“demencia”) determinaba expresamente (art. 141 CC.) la incapacidad total de la persona y su sustitución absoluta en la toma de decisiones en la figura del curador.

Por su lado, la inhabilitación era una incapacitación parcial y procedía en aquellos supuestos en que la persona por causas de enfermedades mentales no tenía aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes o se estimara que del ejercicio de su plena capacidad pudiese resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.⁸ Asimismo, el antiguo artículo 153 también incapacitaba a los sordomudos que no pudiesen darse a entender por escrito.

No cabe duda que el ordenamiento civil anterior –insistimos, ya derogado, aunque, es de lamentar, no sus prácticas institucionales- utilizaba un concepto médico-jurídico de la discapacidad que supone que la PCD no se encuentra en condiciones de elegir opciones y asumir riesgos, con lo que se la pretendía proteger de los peligros de la vida en sociedad.

Las reglas tutelares civilistas del Código de Vélez (tanto para niños y niñas, mujeres o personas sin discernimiento o dementes, según su nominación) se inspiraron en el ideal del buen padre de familia, en su plena confianza e infalibilidad, y en la prescindencia de la voluntad de la PCD, reemplazando, siempre suponiendo las mejores intenciones, sus deseos, elecciones o necesidades.

Este sistema de sustitución de la PCD tuvo un primer embate con la adopción por la Argentina con rango supralegal de la Convención Internacional sobre discapacidad –CDPCD-, luego con su rango constitucional y por fin con la derogación del antiguo Código Civil por el Código Civil y Comercial hoy vigente.

6. El artículo 12 de la CDPCD

Por todo lo dicho hasta ahora, es innegable que la distinción tajante entre las personas en capaces de derecho e incapaces de hecho o ejercicio, como prescribía el Código Civil sancionado en el siglo XIX, resulta incompatible con la CDPCD, en especial con el artículo 12 (igual reconocimiento como persona ante la ley) el cual reafirma como derecho inalienable el reconocimiento de la capacidad jurídica y en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y además, la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a los apoyos que puedan necesitar las PCD en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁸ De acuerdo con estos criterios, el artículo 141 disponía: “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”. Por su parte, el artículo 152 bis establecía la posibilidad de inhabilitar judicialmente por embriaguez habitual o uso de estupefacientes y a los disminuidos en sus facultades. En ambos casos por presumir daños a su persona o bienes. También a quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio.

En este punto, como destacaba la doctora María Silvia Villaverde (2012) en tiempos del Código Civil ya derogado, la mayor dificultad que se presentaba era tomar conciencia de que con las declaraciones de insania y consiguiente nombramiento de un “curador” se violaba un tratado de derechos humanos y exponía al Estado argentino a su responsabilidad en el ámbito internacional.

En este sentido, ni antes ni ahora –pese a los cambios normativos- resulta fácil para los jueces y juezas deponer las categorías de percepción totalizadora de las PCD como personas con una identidad construida exclusivamente sobre el “sin”, esto es: lo que les falta, lo que no pueden, lo que no quieren y tradicionalmente sobre un diagnóstico médico; pero, en especial, sobre la supuesta necesidad de protección y cuidado. Aún hoy se comprueba, con alarma, que la ley no sólo generaliza sino que prejuzga, mediante una mirada hegemónica y estigmatizante, lo que las PCD quieren o no hacer con sus vidas.

Por esto, se hace imprescindible la valoración de la autonomía de las PCD, adiestrar la mirada y hacer foco en sus necesidades, preferencias, intereses, capacidades y habilidades por mínimas que sean –en su dignidad como persona-; concentrándose en una percepción integradora que le haga lugar como sujeto de todos los derechos, con necesidad de apoyo familiar y comunitario para poder ejercerlos y participar en todas las actividades sociales. El Estado debe asegurar que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia, dónde y con quién vivir. En este sentido, las intervenciones tienen como objeto fortalecer los lazos sociales y la vida en comunidad, lazos fragmentados por el modelo tutelar/asilar. El derecho a una vida en comunidad incluye vivir una vida social plena, tener acceso a todos los servicios ofrecidos al público y participar en todas las esferas de la vida social y política. En suma, debe existir una “protección integral de los derechos” de las PCD que exige abandonar la vieja concepción de “protección de la persona”.

7. Procesos judiciales habilitantes: su importancia para las PCD

En el paradigma constitucional de derechos humanos –al que adscribe la Argentina- todo proceso judicial donde medie la vulneración de derechos de grupos o personas en situación de vulnerabilidad, debe constituir un proceso de protección y tutela efectiva. Es decir, el centro del proceso es la protección eficaz de la persona, tanto como toda labor hermenéutica debe tener como eje gravitante la persona vulnerada. Este proceso de protección de la persona es en sí mismo un derecho, que la Convención Americana recepta en su art. 25 y que la Corte Interamericana se ha encargado de recordar a cada Estado que lo vulnera o no lo asegura (por ej: CIDH., sentencia en “Furlán Sebastián vs. Argentina”).

Esto se aplica, con mayor énfasis, en materia de discapacidad y, aún más, en orden al derecho a la personalidad y capacidad jurídica, eje vertebral de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con esto queremos subrayar que todo proceso ligado a la capacidad jurídica de una PCD es un proceso que debe asegurar su condición intransferible de sujeto de derecho y su capacidad de decidir y actuar como titular de cada derecho sin sustitución, reemplazo o derivación a terceras personas. Tanto como debe asegurarse la voz real de la PCD en su propio proceso, sin mediaciones institucionales ni

representaciones. Todo lo anterior ha sido establecido con claridad por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en la causa “Castro Aníbal”, patrocinada por nuestra Clínica Jurídica en Discapacidad de la UNLP.

El sistema de “apoyos” previsto por la CDPCD es un derecho que se debe discernir en el proceso para hacer posible que cada PCD decida sobre sus intereses; y en esta tarea el juez debe ser un artesano que explore la singularidad humana que se le presenta para hacer posible su mayor autonomía y libertad. El “apoyo”, por tanto, no es en ningún caso sustitución ni puede ser, con otro nombre, la antigua “curatela”.

Queda claro pues que el proceso judicial debe ser un espacio de garantía para que toda PCD pueda tomar decisiones sobre su propia vida, a través de la determinación de apoyos adecuados con las salvaguardias necesarias a fin de evitar abusos e irregularidades en cada sistema de apoyos, considerando pertinente desde esta óptica un enfoque multidisciplinario (trabajadores sociales, psicólogos, entre otros) que desplace el diagnóstico médico como eje relevante y excluyente, propiciando una mirada holística que revele –y haga lugar- a la PCD en tanto sujeto con potencialidad abierta.

A este fin, debe apreciarse la capacidad civil como un proceso en evolución y a la voluntad como construcción. Para alcanzar este objetivo se debe considerar no única y exclusivamente las deficiencias individuales, sino que prioritariamente se atenderá a las habilidades, intereses, preferencias, vínculos familiares y dimensiones comunitarias donde se desenvuelve la PCD. Es decir, una mirada afirmativa de la potencialidad de la persona.

En vista de promover el derecho humano inalienable a la capacidad jurídica de las PCD, todas las resoluciones judiciales deberán asegurar que la PCD sea sujeto de sus decisiones, o bien por sí sola o mediante un diseño de apoyos que potencie sus facultades singulares y preserve a la persona y sus deseos, para que tome sus propias decisiones y sea protagonista de su historia de vida.

Es esto lo que todo juez y toda jueza deben asegurar: que la PCD esté presente en sus decisiones. Un sistema de apoyos adecuado que valore la autonomía se orienta al pleno ejercicio de todos los derechos y libertades consagrados en la CDPCD en igualdad de condiciones con los demás (Art. 1º, Propósitos) mediante mecanismos reestructurantes de protección de derechos (no de personas) imbuidos en los principios del modelo social.

8. El sistema de apoyos

Los sistemas de apoyos (Art. 12 inc. 3º, acceso al apoyo) pueden adoptar distintas formas, según las circunstancias del caso y de las particularidades e historia de vida de cada PCD. El apoyo implica el desarrollo de un vínculo humano de confianza y paridad, para hacer aflorar la autonomía y voluntad de la PCD, sin sustituir.

Estos sistemas deben respetar las decisiones y preferencias, basarse en una relación empática, puesto que deben seguir los deseos aun cuando la decisión de la PCD sea errónea. En este sentido, un apoyo se entiende como una medida de accesibilidad y de equiparación

de oportunidades; de asistencia para apreciar y entender la naturaleza de sus decisiones; de ayuda para brindar, interpretar y transmitir información a terceras personas, en otras palabras: para expresar y manifestar la voluntad de la PCD.

Pueden ser:

- Terceras personas de confianza;
- Redes de sostén, familiares o comunitarias;
- Intérpretes y asistentes personales;
- Medios tecnológicos habilitantes y respetuosos (alternativos/aumentativos) de exteriorización de la voluntad;
- Grupos de pares y organizaciones sociales;
- Instrucciones anticipadas o declaraciones escritas de preferencias.
- Abogados/as ya que pueden posibilitar el acceso a la justicia y ser uno de los principales apoyos en el procedimiento.
- Acompañamiento psicosocial que puede recibir una persona, por ejemplo, a la hora de declarar.
- Organizaciones estatales, apoyos brindados por el Estado sobre todo a aquellas personas que no tienen ninguna red (ej: defensorías del pueblo como en la reforma de Colombia)

Cualquiera sea su clase, todo sistema de apoyos para la toma de decisiones debe tener en cuenta criterios básicos como:

- Respetar los derechos, voluntad y preferencias de las PCD;
- Optar por el mayor respeto a la autonomía y dignidad;
- Ser proporcional y adaptado a las circunstancias del caso;
- Ofrecerse y aceptarse libremente;
- No representar conflicto de intereses ni influencia indebida;
- Aplicarse en el menor plazo posible;
- Estar sujetos a exámenes periódicos por un órgano competente, independiente e imparcial.
- La persona puede rechazar el apoyo, poner fin a la relación o cambiarla en cualquier momento.
- Tienen que respetar las identidades de género, culturales, orientaciones sexuales, etc.
- Tienen que ser asequibles: la falta de recursos financieros no puede ser un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

9. Salvaguardias

Las salvaguardias (Art. 12 inc. 4º, asegurar salvaguardias adecuadas y efectivas) son los sistemas o mecanismos de control para evitar eventuales conflictos de intereses, injerencias indebidas o abusos en los sistemas de apoyos elegidos. El objetivo principal de las salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Entre las salvaguardias a adoptar por el magistrado actuante en cada caso, podemos mencionar, entre otras:

- Revisión judicial de la sentencia de restricción a pedido del interesado en cualquier momento, de oficio o con un mínimo de tres años;
- Rendición de cuentas (personal y patrimonial);
- Monitoreo judicial periódico en sede judicial o no.
- Inmediación judicial como tutela efectiva
- Entrevista directa con el Juez o Jueza
- Voz propia y representación legal propia
- Instituciones gubernamentales, organizaciones sociales y/o comunitarias que tengan como función activar la intervención judicial frente a una irregularidad.

10. Impacto de la Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Su interpretación a la luz de la Convención. Luces y tensiones

10.1.

Es un lugar común aseverar –pero no tanto comprender y querer ejecutar- la jerarquía normativa que la Constitución nacional establece en su art. 31, cuya prelación en la interpretación del orden jurídico alcanza a los Tratados de derechos humanos que ingresen en nuestro sistema jurídico con máximo rango constitucional y en las condiciones de su vigencia (art. 75 inc. 22 CN.). Es, la nuestra, una Constitución de la dignidad humana, la no discriminación, la igualdad sustancial, el respeto de la autonomía individual, la capacidad y personería jurídica.

La Convención Internacional sobre Discapacidad es un instrumento de derechos humanos, que reivindica sus principios y su ética de la protección de la dignidad humana, y es, con todo, normativamente superior a las leyes de la Nación y de las provincias; al tiempo que su imperio también alcanza y compromete los actos administrativos y de gobierno, tanto como los procesos y sentencias judiciales –vale decir, el Estado todo- tanto en su Preámbulo, principios y articulado como en las Observaciones Generales del Comité de interpretación, seguimiento y control de la Convención y los dictámenes en relación con el cumplimiento de cada país que ratificó la CDPCD.

Sentada esta vinculación fuerte con el modelo convencional cabe preguntarse qué impacto tiene en este marco convencional el Código Civil y Comercial vigente desde el primero de Agosto del año 2015 en materia de capacidad jurídica para PCD.

10.2.

Como se ha dicho, el art. 12 de la CDPCD importa el reemplazo de las prácticas de sustitución de la PCD en la toma de sus decisiones, sean estas figuras de interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación. A su vez, la Observación General num. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que versa sobre la materia, expresa “... que el hecho de que una persona tenga una discapacidad (...) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12.”⁹ -énfasis nuestro-

⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General num. 1, 19-5-2014.

El derecho a la capacidad jurídica de las PCD que consagra el art. 12 de la Convención tuvo un fuerte impacto sobre el derecho civil interno, que a partir del año 2014 cuenta con una nueva regulación en el Código Civil y Comercial. Las reglas incorporadas en este Código a la luz de la Convención introducen un cambio respecto al régimen anterior, que se puede resumir en estos puntos:

- Toda persona, por ser persona, con o sin discapacidad, tiene capacidad jurídica y de ejercicio, y su restricción sólo puede serlo para determinados actos, declarados en sentencia a partir de prueba interdisciplinaria, que no puede fundarse tan sólo en la condición de discapacidad. Más allá de la letra del nuevo código, queremos reiterar para enfatizar que el término restricción usado por el CCyCN se aleja de la convención y confunde el objeto del proceso. Éste no consiste en restringir, es evaluar la necesidad y utilidad de determinar apoyos judiciales y determinar cuáles serían. Las eventuales restricciones no son el objeto del proceso ni algo deseado.

- La capacidad general de ejercicio se presume, aún en situación de internación. La capacidad como ddhh es infranqueable por lo tanto no puede derribarse, las determinaciones de apoyo no deberían ser vistas como algo que rompen la presunción porque más bien posibilitan el ejercicio de esa capacidad.

- Los actos restringidos nunca sustituyen a la PCD de su decisión, sino que lo que deba decidirse se construye con apoyos determinados en un proceso y en una sentencia

- En ningún caso un diagnóstico en el campo de la salud mental puede hacer presumir incapacidad jurídica o limitación en el ejercicio de los derechos, sino que, de demostrarse la necesidad, dará lugar al uso de apoyos para la decisión y su ejecución

- En ningún caso un diagnóstico en salud mental puede hacer presumir daño para sí mismo o para terceros

- Nunca el *apoyo* reemplaza a la PCD en la toma de sus decisiones; todo apoyo tiene como función “promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de las personas” (art. 34 CCC)

- Sólo se reemplaza a la PCD de modo excepcional en el supuesto extremo contemplado en el art. 32 último párrafo que reza: “... por excepción, cuando la personas se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo... y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.”

- La revisión de la sentencia de restricción del ejercicio de algún derecho debe ser hecha en todo tiempo a pedido de la PCD o bien de oficio por el juez/za; en su defecto, se admite un lapso máximo de tres años; la PCD tiene participación en su proceso, por sí y con abogado/a

- Tanto la restricción de algún ejercicio (con designación de apoyos para la toma de decisiones) como la declaración de incapacidad son excepcionales y su interpretación restrictiva y revocable

- La restricción en el ejercicio de algún derecho obedece a un diseño personalizado, es decir, es un “traje a medida” construido en un proceso centrado en la PCD, su singularidad y voz propia con la mediación del juez

- El CCC consagra una respuesta realista, a través de un sistema graduable, flexible, permeable y ajustado a cada particularidad, donde la protección de la PCD está en el centro de toda decisión restrictiva y de su gestión mediante apoyos
- El proceso no está para limitar la libertad de la PCD sino para asegurarla y el juez/za es garantía de que esto ocurra
- La asignación de curatela sólo es posible ante la absoluta imposibilidad de comunicación de la persona por cualquier medio, forma o formato adecuado y al cabo del fracaso de las medidas de apoyo. Se trata de aquella persona ausente de conciencia de sí o de su alrededor o entorno (Fernandez, 2020).

El Código Civil y Comercial obliga a cambiar el eje de la cuestión, en el enfoque de derechos humanos el proceso se centraría en qué necesita la persona para ejercer la capacidad jurídica y no en dilucidar si la tiene (Palacios, 2020). Creemos fundamental enfatizar esta premisa para poder encauzar los procesos judiciales existentes hacia una perspectiva de derechos humanos. Cuando hablamos de cambiar el foco nos referimos al menos a dos posibilidades no excluyentes. En primer lugar, los procesos judiciales “sobre determinación de la capacidad” bajo esta nomenclatura y funcionamiento difícilmente puedan dar respuestas que garanticen derechos, para ello es fundamental poner en crisis la polémica idea de determinar la capacidad. Imaginemos procesos “sobre designación de apoyos” (Perú y Colombia lo regularon de modo similar) donde la capacidad no sea un tema a tratar, solo las necesidades y preferencias que específicamente manifieste la persona para garantizar y promover que pueda vivir en la comunidad y desarrollar su proyecto de vida con la mayor autonomía posible. En segundo lugar, y tal vez la más importante, salirnos de lo judicial para disputar estos sentidos y potenciar las premisas del paradigma de derechos humanos. Pensar en lo comunitario, las redes y lazos sociales que hace décadas vienen construyendo el movimiento de PCD y la salud mental comunitaria. Continuar exigiendo la implementación de la LNSM y la existencia de dispositivos alternativos al manicomio. Este reclamo histórico ha sido suplantado en parte por la militancia de usuarios, familiares y profesionales por la salud mental comunitaria. El Estado está obligado a crear dispositivos comunitarios alternativos; generar y facilitar apoyos en todo ámbito y niveles de la administración pública con enfoque territorial; y articular con organizaciones sociales que ya están en la comunidad trabajando desde esa perspectiva supliendo la falta o insuficientes políticas públicas al respecto. Establecida una red de similares características y que podríamos definir como apoyos extrajudiciales: ¿para que el proceso judicial?

10.3.

No olvidaremos señalar que lo dicho juega armónicamente con la ley argentina de Salud Mental (ley 26.657 del año 2010) cuyo art. 3ero supera el modelo biologicista y “... reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.”

A lo que el art. 5to agrega que “... La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado.”

De este modo, el padecimiento mental no hace de una persona un enfermo portador de una patología psiquiátrica (como supo ver el modelo médico tutelar y normalizador) sino como un sujeto de derechos con una singularidad a ser comprendida, alojada y contenida, inscripta en un devenir histórico, social, económico, familiar o simbólico. De manera que su diagnóstico debe ser una expresión de ese proceso complejo y multicausal, que debe recibir miradas confluyentes de diversos saberes e indicios acerca de una vida en su radical singularidad.

Tanto la ley de salud mental como el CCC son textos con fuerte inspiración en el modelo de derechos humanos que colocan a la persona en el centro de su preocupación.

10.4.

Debemos decir, sin embargo, que las prácticas institucionales siguen muy arraigadas en el modelo médico del Código Civil derogado y muy lejos del mandato del art. 12 de la Convención y de la Observación General num. 1 de su Comité de interpretación y seguimiento.

Los tribunales siguen sin darle la palabra a la PCD; se sigue hablando por ella; se sigue asociando dolencia mental con patología psiquiátrica y consiguiente sustitución tutelar (bajo otro nombre); se confunde apoyo con curatela y la restricción, que debe ser excepcional, deja de serlo para transformarse en un trámite de invalidación que repite la matriz del abordaje; se sigue bajo el mismo imaginario de la salud mental que asocia padecimiento mental a falta de discernimiento o peligro en el propio daño; el discurso médico psiquiátrico sigue siendo dominante y hasta excluyente de otros saberes o abordajes; el juzgador/a sigue sometiénndose al dictamen pericial y a la mirada patologizante; la sentencia declara un estado invariable que el proceso se resiste a revisar, a mirar de nuevo, para hacer lugar a la diversidad y no a la repetición. Nuestra Clínica ha verificado estos rasgos en diversos casos en que intervino, en todos los cuales la matriz no es la protección de la persona, salvo como declamación, sino la incapacidad de comprender y alojar derivas vitales diversas para asegurar su libertad de decidir por sí.

El proceso debe ser un lugar de comprensión de la singularidad para asegurar a la PCD la titularidad de sus derechos –que es lo mismo que decir su ejercicio, con apoyo en caso de necesitarlo–, sus deseos y decisiones, asumiendo el riesgo que implica elegir. El principio de dignidad del riesgo implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. En contraposición, los sistemas jurídicos tutelares y asistenciales han cercenado sistemáticamente la posibilidad de que, en la práctica, puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de “los peligros de la vida en sociedad” (Kraut y Diana, 2011).

10.5.

Toda norma o principio de derechos humanos abre un campo de construcción social, un marco dentro del cual superar un modelo de sustitución y exclusión. La implementación del modelo social de la discapacidad supone una revisión transversal en todos los estamentos del Estado. Las dificultades que se observan en procesos judiciales en materia de capacidad jurídica de PCD, evidencian una conciencia práctica interna al poder judicial que se interrelaciona, a su vez, con otras dinámicas del andamiaje estatal que las legitiman.

Las variables que se entrecruzan en el campo jurídico son muchas de ellas preexistentes a los agentes o funcionarios que las reproducen y no perdemos de vista que entre la aceptación del mandato jurídico o costumbre jurídica y su puesta en práctica puede conformarse una conciencia práctica (Giddens, 2003) o sentido práctico (Bourdieu, 2007), como reconstrucción y nueva producción de dicho mandato, actualizado con nuevas variables que vienen a cuestionar esa primigenia ortodoxia.

Podríamos establecer al menos dos dimensiones interrelacionadas de la problemática:

- (i) por un lado una perspectiva judicial incompatible con la normativa vigente, en la que entran en tensión prácticas históricas institucionalizadas, zonas “grises” o contradictorias de la reglamentación interna donde los modos o reglas jurídicas pueden desenvolverse a lo largo de espacios de “no derecho” (Bourdieu, 2001) y dificultades para poner en crisis la idea misma de capacidad como algo **objetivo, abstracto y determinable**; y por otra parte
- (ii) esa conciencia práctica que se ve legitimada por el proceder de otras esferas del Estado (también alcanzado por estas obligaciones).

Aquí entran en cuestión los *apoyos extrajudiciales*, fundamentales en la perspectiva comunitaria de la salud mental y la inclusión de personas con discapacidad en la vida en sociedad. Estas figuras son desconocidas en gran parte de la Administración Pública que, no solo carece de procedimientos accesibles y rápidos para designar apoyos específicos que la persona requiera y necesite en trámites administrativos, sino que muchas veces cuestiona los existentes por no responder a vínculos familiares (redes comunitarias, amigos, vínculos afectivos no binarios o heteronormados), reproduciendo no sólo un ideal de capacidad sino también de vínculos o redes legítimas, excluyendo otras.

Estas situaciones se ven agravadas por exigir como requisito, muchas veces extralegales, el inicio de procesos de determinación de la capacidad (incluso cuando los apoyos son “familiares sanguíneos”) para acceder a derechos sociales o realizar algún trámite. De este modo, no solo el Estado adolece de mecanismos de designación de apoyos extrajudiciales para actos específicos, sino que cuestiona los existentes reconocidos constitucionalmente y obliga al inicio de procesos cuyos efectos excedan ese acto en particular, sin la debida información al respecto.

Al ingresar al poder judicial se despliegan una serie de problemáticas que venimos desarrollando y donde es habitual hacer complejo lo que puede tener una resolución

simple, como por ejemplo una decisión que reconozca los apoyos extrajudiciales existentes en una familia o marco afectivo o designe algunos a esos efectos específicos. Aunque en el ejemplo dado el proceso judicial podría obviarse con un debido accionar de la Administración Pública, se podría actuar reconociendo derechos y habilitando a la persona para el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, el proceso judicial aparece como una instancia inexorable, larga, totalizante y abstracta. Instancia en la que la ley y los operadores judiciales enuncian desde una “verdad” que niega cualquier posible afectación de su posición “objetiva” y, en consecuencia, la producción de sentido que allí se construye (poder simbólico institucional).

La modificación en las nominaciones de los procesos y las figuras que participan, la organización de los procesos judiciales y administrativos, requiere poner en crisis la controversial noción de “capacidad” jurídica desde el modelo social de la discapacidad y la salud mental comunitaria. Requiere una valoración de la diferencia, un compromiso con la inclusión plena de todas las personas en la comunidad.

El enfoque comunitario implica, también, la participación de las comunidades en la elaboración y diseño de políticas públicas. Requiere la intervención coordinada de todos los sectores de la sociedad. En nuestro tema, la Ley de Salud Mental crea el Órgano de Revisión con representación de distintos sectores del Estado y organizaciones comunitarias. Las políticas de abordaje intersectorial deben incluir programas que garanticen a las personas con discapacidad psicosocial la accesibilidad al trabajo, educación, cultura, arte, deporte, vivienda y todo aquello que sea necesario para el desarrollo de una vida en comunidad (Decreto N° 603/2013 reglamentario de La Ley N°26.657).

11. Conclusiones para un abordaje crítico y práctico

Todo marco conceptual, teórico y normativo se pone en juego en su práctica cotidiana, en su aplicación concreta a casos singulares, que es donde debe desenvolverse la idea eminente de la Convención de proteger la libertad de la PCD para decidir sobre sus derechos.

El modelo médico psiquiátrico vigente en las prácticas de nuestros tribunales asimila padecimiento mental a falta de discernimiento, y a la consecuente restricción de la capacidad jurídica, haciendo hincapié en lo que a sus ojos normalizadores falta; y no, en cambio, a la potencialidad de la PCD, a sus preferencias y deseos y a la necesidad de expresarlos por el medio que requiera. De esta manera, todo caso de salud mental se asimila al imaginario de la falta de discernimiento o bien a los supuestos extremos de completa imposibilidad que regula el art. 32 en su último párrafo; y es así que la máquina judicial aborda la salud mental bajo el modelo de la sustitución de la PCD en sus decisiones.

Patricia Brogna llama “posición de discapacidad” a aquellas barreras naturalizadas como imaginario, representaciones o mundo simbólico. Se trata del *habitus* internalizado e inadvertido en nuestras decisiones y prácticas, en nuestro modo de ver y vivir (Brogna,

2019). Es esto lo que hay que deconstruir y remover: las categorías bajo las cuales concebimos la discapacidad y, en particular, la salud mental y la capacidad jurídica.

Debe quedar en claro que los casos excepcionales previstos en el art. 32 del CCC "... cuando una persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo ... y el sistema de apoyos resulte ineficaz..." son en estricto rigor excepcionales y no pueden ser presumidos a partir de un cuadro, singularidad o patología sino luego de acreditar, debido proceso mediante, el supuesto de la norma, lo que requiere un tránsito procesal interdisciplinario, siendo siempre de interpretación restrictiva. Pero la excepción que describe el art. 32 en su último párrafo, no puede ser la regla de intervención, como suele serlo en el presente judicial.

Una lectura expansiva del CCC y en clave de derechos humanos y del derecho a la capacidad jurídica a la luz de la Observación General num. 1 del Comité, no puede olvidar que:

- "El modelo convencional basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas" (p.3)
- "El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido" ... y "no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural ..." (p.14)
- No se puede negar capacidad jurídica para ningún acto "... sino que se exige que se proporcione apoyo en su ejercicio" (p. 15) y lo contrario es discriminatorio
- Toda persona tiene una voluntad y deben agotarse todos los medios para que pueda ser expresada
- El paradigma de apoyos coadyuva a la formación y exteriorización de la voluntad, facilita la comunicación, comprensión y adopción de decisiones, promoviendo la autonomía y equiparación de oportunidades de las PCD.
- Las salvaguardias son los sistemas o mecanismos de control para evitar abusos e influencias indebidas en los apoyos escogidos.
- Los jueces y juezas tienen la obligación de dictar sentencias habilitantes de derechos (no protectorias) en el ejercicio de la capacidad jurídica, promoviendo la construcción de identidades afirmativas que potencien habilidades, intereses y deseos en función de las circunstancias e individualidades de las PCD. El debido proceso obliga a asegurar la voz de la PCD, su defensa, la mediación del juez o jueza, la entrevista personal, la prueba compleja interdisciplinaria como diálogo de saberes (no alcanza el mero diagnóstico médico siquiátrico), la interpretación restrictiva de toda restricción y asignación de apoyo y su revisión a requerimiento de la PCD o de oficio. El enfoque interdisciplinario es importante no solo porque pone en relación distintos saberes para enriquecer la comprensión y abordaje de las situaciones, también pone límites a los conocimientos históricamente hegemónicos y a cualquier nueva pretensión totalizante del saber.
- Por último, el juez o jueza debe desplegar "aristas de artesano" para sostener la libertad y autonomía de una singularidad, debe construir "un traje a medida", debe hacer del proceso un espacio de alojamiento, cercanía y conocimiento; y esto es posible cuando revisamos nuestros prejuicios, nuestra posición de discapacidad, el *habitus* arraigado en

nuestro modo de mirar y caracterizar lo diverso, lo diverso que queda fuera de la norma. Y es posible hacerlo con compromiso afectivo, con permitirse ver y dejar aparecer lo que late detrás del prejuicio.

- Hay sentencias ejemplares en este sentido que buscan defender y preservar al sujeto en su libertad y en el riesgo de decidir por sí.¹⁰
Este es el camino.

“Nada sobre nosotros sin nosotros” fue la inspiradora consigna de las PCD en su militancia internacional por sus derechos y es, en la actualidad, su lema en la lucha por la efectividad de lo conseguido en un contexto social en el que el reconocimiento de las capacidades, los méritos, las habilidades y los aportes de las PCD es una tarea pendiente.

¹⁰ Tribunal de Familia num. 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, expediente 22.449, autos “V.W.D. s/INSANIA y CURATELA”, sentencia del 29 de marzo de 2011.

Bibliografía:

Acuña, C. y Bullit Goñi, L. (comps.) (2010) *Políticas sobre la discapacidad en Argentina*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Brogna, P. (2019) "Posición de Discapacidad: los aportes de la Convención", disponible en: <https://archivos.iuridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2468/11.pdf> [Consulta: 23 de mayo de 2013]

Fernandez, S.E. (2020) "Salud Mental y Capacidad" en Kraut Alfredo: *Derecho y Salud Mental*, T I, p. 459 y ss., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Kraut, A.J. y Diana, N. (2011) *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*. Buenos Aires: La Ley.

Olmo, J.P. (2017) *Salud mental y discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Ed. Dunken.

Palacios, A. (2020) "Las personas con discapacidad mental en el sistema universal e interamericano de derechos humanos", en Kraut Alfredo: *Derecho y Salud Mental*, T I, p. 181 y ss., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Palacios, A. (2008) *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.

REDI (2013) *Principios para la implementación del artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD)*. Versión en español. En formato PDF: <http://www.redi.org.ar/Documentos/Ponencias/Capacidad-juridica-y-acceso-a-la-justicia/Principios-para-la-implementacion-del-articulo-12-de-la-Convencion.pdf> [Consulta: 23 de mayo de 2013].

REDI (2010) *Capacidad Jurídica y Acceso a la Justicia: una propuesta de reforma legal desde las organizaciones de personas con discapacidad*. Disponible en: <https://es.calameo.com/read/0040346979bb7f8928e29> [Consulta: 23 de mayo de 2013].

Villaverde, M.S. (2012) "Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o Personas con apoyo? El proyecto del código civil y comercial de la Nación ante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU)". En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Vol. 2012-8, p. 151 a 157. Buenos Aires: La Ley.

Apéndice multimedia

La perspectiva de género como asunto de interés público

The gender perspective as a matter of public interest

Silvia Noemí Escalante¹

A partir del análisis del reciente fallo de mayo del año 2021, caratulado “Reynoso Alicia Mabel c/ E.N.- Min. de Defensa- Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” - Expediente Nº 91147/2010² se busca subrayar la obligatoriedad y necesidad de analizar todas las cuestiones que surjan en el ámbito judicial como extrajudicial, desde la perspectiva de género. La misma se vuelve materia de interés público a fin de lograr cambios efectivos y eficaces, tendientes a restablecer la vigencia de derechos constitucionales y convencionales de las mujeres en pos de garantizar la igualdad y no discriminación.

En el presente fallo, la Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala 2, reconoce a la demandante como Veterana de Malvinas, y en consecuencia le otorga los beneficios que corresponden a las personas ex combatientes instituidos en la ley 23.109 y el decreto 1244/98. Lo que remarco como primordial, es que expresamente hace mención a la noción de perspectiva de género, cumpliendo con el marco convencional y constitucional que establece como principio rector la igualdad de género y la no discriminación. En el ámbito judicial se observa, en resoluciones libres de estereotipos, desigualdad, que dada la publicidad que adquieren, son fundamentales y sirven de modelo pedagógico a la sociedad.

La legislación vigente otorga la pensión de Veteranas y Veteranos de Malvinas, a concriptos, oficiales y los suboficiales que estuvieron en las islas, o que hubieran entrado efectivamente en combate en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur, es decir en el mar argentino y la costa argentina. También les reconoce la pensión a civiles que brindaban servicios o tareas de apoyo en cualquiera de esas dos zonas.

En el presente caso, Mabel Reynoso, parte actora, se desempeñó como personal de enfermería de la Fuerza Aérea de la República Argentina entre el 02 de abril y 14 de junio de 1982. Sus tareas efectivas se prestaron en el Hospital Reubicable de la Ciudad de Comodoro Rivadavia, en la Brigada Aérea IX, que fue afectado como Hospital de Evacuados durante el conflicto bélico del Atlántico Sur, como personal de apoyo

¹ Maestranda y Especializanda en Ciencias Sociales y Humanidades, orientación Sociología, Universidad Nacional de Quilmes. Abogada. Mediadora. Escribana. Diplomaturas: Protección Internacional de Derechos Humanos de las Mujeres; Abogada de niñez y adolescencia; y Género y Movimientos Feministas. Adscripta a la Investigación: Activismo de género y construcción de identidades”. Correo electrónico: silnescalante@gmail.com

² Cámara Federal de la Seguridad Social (2021) “Reynoso Alicia Mabel c/ E.N.- Min. de Defensa- Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” - Expediente Nº 91147/2010.

operativo y/o logístico en la zona de despliegue continental. Es decir, su tarea fue esencial ya que era quien se encargaba de la atención de las personas heridas, personal de salud que hoy en día, en la situación de pandemia que atraviesa el mundo en su totalidad, es altamente valorado y reconocido.

No se encontraba comprendida en lo estipulado por dicha legislación, no obstante, con principal fundamento en la perspectiva de género, se beneficia a Mabel Reynoso, quién como enfermera, desempeñó tareas, pero no dentro del área que reconoce la legislación, no entró en combate en la costa ni era una civil, era oficial. La magistratura usa dos argumentos que paso de desarrollar.

En primer lugar, la Cámara dijo que el rol de las mujeres en Malvinas fue invisibilizado y que merece un reconocimiento. “Los estereotipos distorsionan las percepciones y, en la práctica judicial, conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos” (Piqué y Pzellinsky, 2015, p. 228). Es por eso, que con esta sentencia, se procuró reparar todos los años de lucha por un reconocimiento válido a la parte actora, lucha que se vuelve colectiva, ya que existen numerosas mujeres en su misma situación, como asimismo es la demostración que la perspectiva de género debe ponderarse desde el inicio, ya en las actuaciones administrativas.

Se juzgó en primera instancia, con prejuicios y estereotipos de género, sin considerar los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina en materia bélica, y la necesaria igualdad de condiciones en el desarrollo de las tareas.

Creo que las prácticas sociales, los pensamientos hegemónicos y las resistencias que ellos provocan van diseñando el escenario en el que nos movemos, y que al mismo tiempo todos y cada uno somos actores y autores de lo que sucede, que el azar y la contingencia, y no las “leyes de la historia” juegan su papel, y que nada está definitivamente escrito. (Ruiz, 2017, p.27)

Es imposible no considerar, que sin la ayuda de la señora Reynoso, que curó y procuró atención a las personas heridas, ellas no hubieran podido continuar en la lucha, no hubieran podido proseguir en sus tareas, ni volver a sus hogares con vida. Y durante todos estos años, ella como otras tantas mujeres, no merecen el reconocimiento merecido. Es esta falta de oportunidades que las coloca en un lugar de extrema vulnerabilidad y discriminación, y allí el rol fundamental de los operadores de justicia, para remediar en la medida de lo posible, estas situaciones de desequilibrio.

Por supuesto, no se puede dejar de hacer referencia a la legislación que es la que estipula la condición de veteranos y veteranas, pero hoy en día por prestigiosa doctrina, se cuestiona la neutralidad de las mismas. Las leyes no son neutras, ya que están afectadas por elementos culturales, subjetivos, que lo único que hacen es perpetuar y normalizar situaciones de desigualdad. Por tal motivo, es que se vuelve primordial, para la administración de justicia, garantizar decisiones en igualdad, ya que la publicidad que adquieren las sentencias, sirven de enseñanza a toda la sociedad, para que incluso ya desde las instancias administrativas se tomen las medidas pertinentes. No nos olvidemos, que existen compromisos internacionales para garantizar la igualdad.

Segundo, siguiendo con los fundamentos, sostuvo la Cámara que, como enfermeras, haber atendido heridos en la costa debe ser equiparable a un acto de

guerra. Este análisis en un pasado no tan reciente hubiera sido impensado, ya que no es menos importante analizar el contexto en el cual se desarrollaron los actos, ambiente militar, bélico, el cual para la generalidad sería entendido como netamente masculino, sumado a que la reclamante es una mujer que desempeñaba como enfermera, profesión naturalizada como femenina. “Los estereotipos también interfieren en la valoración de la prueba y en la sentencia final, que pueden verse, marcadas por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales” (Piqué y Pzellinsky, 2015, p. 229).

En base a estereotipos, se vulneró la tutela judicial efectiva que las mujeres requieren, como garantía de igualdad de oportunidades. Los estereotipos y prejuicios de género sesgan las tomas de decisiones. Surge del propio sentido común, además, que todas las personas somos diferentes, y esa diferencia merece ser respetada, ya que marcan la dinámica natural de las relaciones. “El problema surge, cuando la diferencia se convierte en desventaja, discriminación, cuando esas características que hacen diferente a una persona son usadas o valoradas por otros, para tratar distinto e impedir la posibilidad de acceder al ejercicio de los derechos (...)” (Euro social, 2020, p. 31).

En primera instancia a la reclamante se le negó su condición de Veterana de Malvinas. Se le exigió haber prestado efectivamente servicios en plena contienda, siendo que ello hubiera sido imposible, ya que según convenios internacionales, no había modo alguno por ser incompatible con la legislación vigente.

La desigualdad normativa, en donde la probabilidad de obtención del reconocimiento en cuestión es posible en el caso de un civil enfermero (Conf. art. 1 ley 23.848), por simple hecho de haber desarrollado tareas de apoyatura y sin embargo a la Alférez enfermera Reynoso, quien fuera oficial en actividad de la Fuerza Aérea Argentina al momento del conflicto, le impone la exigencia extra de haber tenido que entrar efectivamente en combate, requisito este que si tenemos en cuenta lo establecido en el art. 12 inc. 1 del Protocolo Adicional del Convenio de Ginebra, aprobado por ley 24668, es de imposible cumplimiento. No solo debido a la especial protección que reviste el personal sanitario sino a que expresamente se los excluye del derecho a participar directamente en las hostilidades (Conf. art. 43 inc. 2 del Convenio), siendo calificadas como infracciones graves del aludido Protocolo cualquier ataque dirigido al personal sanitario (Ver art. 85 inc. 2 del Convenio) (Cámara Federal de la Seguridad Social (2021) “Reynoso Alicia Mabel c/ E.N.- Min. de Defensa-Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” - Expediente Nº 91147/2010).

En condiciones de igualdad frente a personal masculino se denota otro aspecto discriminatorio:

Los servicios de la accionante no se distinguen de las desarrolladas por quienes combatieron de manera efectiva, con lo cual, no deben valorarse de distinta manera, como así tampoco de aquellos civiles que resultaron alcanzados por las previsiones del art. 1 de la ley 23.848, a quienes -a diferencia de la Sra. Reynoso- tampoco se les exigió la participación efectiva en acciones bélicas. Además de la discusión en cuanto a la delimitación espacial en la que se desempeñó la actora durante la guerra

de Malvinas, debe considerarse que en el caso bajo análisis no caben dudas en cuanto al servicio brindado por la Sra. Reynoso para la defensa de la soberanía nacional, más allá del concepto espacial aludido, toda vez que definitivamente su servicio brindado desde el propio hospital de revista, donde tanto la contención brindada como la aplicación del arte de curar a cada uno de los caídos en combate, sin dudas merece el reconocimiento aquí bajo análisis (Cámara Federal de la Seguridad Social (2021) “Reynoso Alicia Mabel c/ E.N.- Min. de Defensa- Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” - Expediente N° 91147/2010).

En todo el proceso, se debe reconocer si todo este insumo de tiempo hasta llegar a la sentencia favorable a la actora, hubiera sido menor si solamente se hubiese buscado reparar el desequilibrio estructural que debió padecer la demandante. “La disputa simbólica, por el avance en el plano del reconocimiento normativo y por el avance de derechos, es solo un plano en el que el movimiento feminista desarrolla política, una herramienta más de transformación de las estructuras de dominación” (Maffeo, 2020, p. 76).

Y este punto fundamental es donde se encuentra la motivación del interés público, interés en el análisis de toda cuestión con matriz de género, ya que de la sociedad es una necesidad inmanente por el logro del reconocimiento efectivo de los derechos humanos que como mujeres muchas veces históricamente se han visto arrebatados; y del lado de la justicia, que debe avanzar hacia una transformación en sus estructuras patriarcales, cargadas de prejuicios y estereotipos. “Ser un operador jurídico importa el dominio de un saber que da poder y que marca simbólicamente, pero con efectos terriblemente reales, la distinción entre existir y no existir como sujeto” (Ruiz, 2017, p. 31) Y en el medio, una sociedad entera, y siendo parte de ella movilizaciones sociales que crean un espacio de lucha y tensiones para que no se continúe vulnerando los derechos de las mujeres, y la justicia es uno de los ámbitos que más transformaciones requiere.

En este orden de ideas, a fin de tener una acabada visión respecto de la evolución normativa, habremos de mencionar el proyecto de ley presentado el 16 de marzo de 2015 por la Senadora Hilda Aguirre de Soria. Este Proyecto tiene por objeto el reconocimiento y reparación al personal femenino que participó en la Guerra del Atlántico Sur, cumpliendo con tareas de contención humana y atención sanitaria a los combatientes heridos, en condiciones de verdadero riesgo para su integridad física, mental y espiritual. Allí se hace hincapié en el ominoso silencio de las Fuerzas Armadas acerca de la participación femenina en el conflicto bélico de Malvinas; señala además que este es un nuevo caso de invisibilización de la mujer en un mundo de hombres, otro intento de escamotearle al género su porción de protagonismo histórico. El artículo 2º, del aludido proyecto, establece el derecho de las mujeres allí mencionadas al otorgamiento de una pensión vitalicia, no contributiva, compatible con cualquier ingreso que tuviera la beneficiaria (Cámara Federal de la Seguridad Social (2021) “Reynoso Alicia Mabel c/ E.N.- Min. de Defensa- Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” - Expediente N° 91147/2010).

Por supuesto que la no discriminación es un tema obligado de interés público, que debe estar presente en las agendas públicas de los Estados, representada judicialmente incluso en todas las sentencias judiciales, de todo fuero e instancia, siendo esta sentencia un modelo de análisis, actual y dinámica, en la cual a través de la sana crítica se ponderaron todas las situaciones que hicieron al hecho en cuestión, y se buscó equilibrar una situación de desigualdad estructural, de discriminación de la cual fue víctima la Enfermera Alicia Mabel Reynoso.

Esta sentencia, junto a otras surgidas durante 2021, y que cada vez van en aumento, sirven para revisar las experiencias, y deconstruir, en base a un análisis que implica un avance significativo en la introducción de la perspectiva de género en las decisiones judiciales. A partir de ello, nos permite revisar prácticas bajo nuevas construcciones socio – jurídicas y tomar conciencia de las barreras en el acceso a la justicia que han tenido las mujeres. A partir del análisis con matriz de género, se evidenciará las múltiples discriminaciones de las mujeres, como surge del presente caso.

Considero fundamental citar esta parte de la sentencia en la que se conjugan sensibilidad, entendimiento y búsqueda de que, a igualdad de condiciones, se merezca igualdad de trato, y convierte esta sentencia en una reparación y reconocimiento a la Veterana de Malvinas Alicia Mabel Reynoso, y es una luz para las muchas mujeres que aún se encuentran en este litigio judicial por un digno reconocimiento. Ser mujeres no significa no poseer dignidad y honor para poder defender los intereses de la Nación Argentina en guerra. La señora Reynoso pudo, como también las demás mujeres que con su aporte salvaron vidas.

Asimismo, debe resaltarse la necesidad de adoptar una necesaria perspectiva de género a la hora de resolver controversias como la que aquí nos ocupa en cuanto al reconocimiento de una veteranía de guerra a los fines aquí demandados. Pensar en un combate físico solamente, y excluir la labor de la enfermera no solo lleva a invisibilizar su contribución al esfuerzo bélico, sino que a su vez prolonga la pervivencia de estereotipos en la sociedad. Hay muchas maneras de “participar en combate”.

Reconocer una “veteranía de guerra” despotenciada o en grado inferior, en la medida en que no se presencié combate como aduce la parte demandada, es -en el caso de la actora, enfermera de campaña- perpetuar prejuicios sociales y culturales que deben ser desterrados (Cámara Federal de la Seguridad Social (2021) “Reynoso Alicia Mabel c/ E.N.- Min. de Defensa- Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” - Expediente N° 91147/2010).

Para que el derecho a la igualdad sea real y efectivo, se requieren estrategias que garanticen a todas y todos vivir en igualdad, donde todos y todas participemos de lo público, donde todos y todas tengamos la misma remuneración o beneficio por el mismo trabajo, con el mismo acceso a igualdad de oportunidad de capacitación, donde sea adecuada e igualitaria la distribución de recursos.

Bibliografía:

Maffeo, F. (2020), Violencia patriarcal y procesos de juridificación. Preguntas y reflexiones sobre las denuncias en situaciones de violencia y el activismo feminista, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, N° 24, junio-noviembre 2020, Buenos Aires, Argentina, ISSN 1851-3069, pp. 69-89.

Piqué, M.L., Pzellinsky, R. (2015), Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, ISSN 0328-5642, Año 14, N° 2, Noviembre 2015, pp. 223-230.

Programa para la Cohesión Social en América Latina (2020), Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias, Euro Social, Chile.

Ruiz, A.E.C. (2017), Mujeres y justicias, en Revista Electrónica Pensar en Derecho, N° 9, Año 5, ISSN 2314-0194, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, Eudeba.

Jurisprudencia:

Cámara Federal de la Seguridad Social (2021), “Reynoso Alicia Mabel c/ E.N.- Min. de Defensa- Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” - Expediente N° 91147/2010, Fallo completo disponible recuperado el 20/5/2021 de <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/096/720/000096720.pdf>

La nueva decisión en el caso Verbitsky: su importancia para el Litigio de Interés Público

The new decision in the Verbitsky case: its importance for Public Interest Litigation¹

En fecha 13 de mayo de 2021 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una nueva sentencia en el caso Verbitsky.

¿Por qué es importante este fallo para el Litigio de Interés Público?

En primer lugar, porque se trata de un caso estructural, que persigue una reforma radical de las condiciones que resultan inconstitucionales, las cuales afectan a grupos desaventajados, como lo son las personas detenidas en las cárceles, comisarías y calabozos de la provincia de Buenos Aires.

Por otro lado, el fallo de este año trae al campo jurídico una cuestión sumamente relevante para el Litigio de Interés Público: ¿cuándo se da por cumplida la etapa ejecutoria en los litigios de estas características? Como sabemos, la verdadera reforma estructural se da en el marco de la ejecución de las decisiones judiciales, en la que el poder jurisdiccional debe tomar un rol activo en la supervisión de su cumplimiento.

En el siguiente video que les compartimos a continuación, realizamos un breve análisis del caso:

https://www.youtube.com/watch?v=Dls8DbEUt_U

¹ Este material fue elaborado por la Secretaría de Redacción de la ReDIP

COMUNICACIÓN
Y EDICIONES PROPIAS
EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata