

Comisión: 3. Derecho Procesal Civil

Tema: El Rol del Juez en la Actualidad.

Apellido y nombre del autor: Silva, María Fernanda del Huerto.

Dirección postal: Laprida 504 piso 5 Dpto. B – S.M. de Tucumán.

Teléfono: 03815327688

Correo electrónico: silvafernandasilva@hotmail.com

Breve síntesis de la propuesta: La ponencia refiere al rol del juez como comportamiento y actuación que se espera de él en los procesos colectivos. En esa línea, se desarrollan cuáles son los análisis y controles infaltables que debe realizar el magistrado en estos procesos -con fundamento en lo señalado por la doctrina, la jurisprudencia y el código modelo para procesos colectivos en Iberoamérica- para poder dar solución a los conflictos.

Postulación: Premio Asociación Argentina de Derecho Procesal.

El rol del Juez en los procesos colectivos

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis del derecho de incidencia colectivo invocado: derechos sobre bienes jurídicos colectivos. Derechos individuales homogéneos. 3. Examen de los sujetos que legitimados que representan al grupo: 3.1. Sujetos legitimados. 3.2. Observación de la debida representación al comienzo y durante el proceso. Necesaria publicidad para la debida integración del grupo. Control de no connivencia de los representantes. 4. Determinar y diseñar el proceso.

1. Introducción.

El juez de un proceso colectivo comparte con el magistrado tradicional las características de independencia e imparcialidad; que en la solución de la causas se deba respetar los principios de constitucionalidad y debido proceso y ser custodio de la defensa en juicio orientando en cualquier caso dentro del sistema de concentración, celeridad, saneamiento, economía y buena fe.

No obstante las semejanzas compartidas con un juez que decide en un proceso individual estructurado sobre la base del principio dispositivo en el que el interés no trasciende el interés privado de las partes, el comportamiento o rol que esperamos de este magistrado es diferente, por las características particulares del proceso que dirige.

A pesar del tiempo transcurrido desde el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos que lo motivan y de los sujetos que lo defienden, los procesos colectivos no cuentan con un proceso definido por el legislador. En un proceso de derechos y sujetos especiales donde, por esta misma causa, los principios tradicionales se redefinen y los efectos de la cosa juzgada trascienden a los sujetos presentes en el pleito, la actuación del magistrado cobra gran relevancia porque será quien delinearé el camino a seguir.

Este trabajo pretende señalar cómo debe comportarse el juez para detectar una pretensión colectiva y, en la construcción del proceso, cuáles son los elementos y análisis que no puede dejar de lado para que sea un proceso válido como tal y eficaz para dar solución al conflicto que le dio origen.

2. Análisis del derecho de incidencia colectivo invocado: derechos sobre bienes jurídicos colectivos. Derechos individuales homogéneos.

El primer análisis es el derecho. El Juez debe preguntarse sobre qué derecho de incidencia colectiva se peticiona.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido fallo “Halabi” los clasifica en derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y los de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos¹.

El primero se caracteriza ser transindividual, porque trasciende al individuo; existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos. Un derecho “transindividual”, tal como la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de un anuncio publicitario, o la seguridad de los productos, pertenece a la comunidad como un todo. También lo caracteriza la indivisibilidad porque no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes² y le pertenece en el todo a todos sus titulares.

Los de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos son una nueva categoría de derechos sustantivos, una abstracción creada por científicos legales enfocada a las necesidades contemporáneas de una sociedad de masas. Los derechos individuales homogéneos, son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema de derecho civil como “derechos subjetivos”. Sólo reflejan la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción³. En los individuales homogéneos no hay un bien colectivo, sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos

¹CSJN, sentencia del 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04", Fallos: 332:128..

² GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, traducción de Lucio Cabrera Acevedo, México, Universidad Autónoma de México, 2004. p. 53.

³ GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas...* cit, p. 131.

expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño⁴.

3. Examen de los sujetos que legitimados en representación del grupo: 3.1. Sujetos legitimados. 3.2. Observación de la debida representación al comienzo y durante el proceso. Necesaria publicidad para la debida integración del grupo. Control de no connivencia de los representantes.

3.1. Sujetos legitimados.

La Constitución en el artículo 43 señala como sujetos legitimando para la protección de los derechos de incidencia colectiva al afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones que tengan fines colectivos. Al Ministerio Público también se lo considera legitimado por las funciones que la misma Carta Magna le otorga.

El afectado, como sujeto legitimado en la protección de los derechos de incidencia colectiva, va a variar de acuerdo al tipo de derecho colectivo involucrado.

Para la protección de los derechos de incidencia colectiva indivisibles, el "afectado" es quien compone un grupo lesionado en esos derechos. Es afectado aunque personalmente no sume al ese perjuicio colectivo otro personal y directo que se diferencie del de los demás. El aire, la atmósfera, el agua, y tantas otras cosas de titularidad indivisible y pluriindividual suscitan en los sujetos una cotitularidad del derecho que es de cada uno y es de todos, que no pierde su esencia cuando el afectado es uno o cualquiera de ese grupo, sin la añadidura de un perjuicio personal y directo, porque personal y directo viene a ser el perjuicio compartido por todos en esa co-titularidad⁵. En consecuencia debe otorgarse legitimación a cualquiera de los afectados del grupo porque al defender el interés grupal también se está defendiendo el individual⁶.

⁴ CSJN, sentencia del 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04", Fallos: 332:128.

⁵BIDART CAMPOS, Germán J. "La legitimación del afectado en materia de Derecho Ambiental", La Ley, 2004-D, 787.

⁶Corresponde hacer especial referencia a la conocida causa Cuenca Matanza-Riachuelo(CSJN, "Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros", sentencia del 20/06/2006, La Ley, 2006-D, 88), en la que el Máximo Tribunal de la Nación reconoce

Respecto de los derechos individuales homogéneos, el afectado, legitimado, es aquel que juntamente con otros, ha sido alcanzado por el mismo hecho generador de perjuicio de una clase determinada. Es quien actúa en defensa de este derecho de incidencia colectiva en representación del grupo, y no, en resguardo de su derecho individual. Es esclarecedora la figura del afectado de derechos individuales homogéneos en el fallo "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04". En la sentencia, el Máximo Tribunal clasifica los derechos debatidos dentro de la categoría de los individuales homogéneos, señalando que el actor –abogado y usuario del sistema de telecomunicaciones– no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses, sino que, por la índole de los derechos debatidos, es representativa de los intereses –en el caso– de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

También se le otorgó legitimación al Defensor del Pueblo⁷ y a las asociaciones que propendan a la protección de los derechos de incidencia colectiva. A los fines de evaluar la admisibilidad de toda acción iniciada por estos, debe necesariamente examinarse si en el caso concreto está en juego un derecho de incidencia colectiva, ya que no pueden actuar en defensa de derechos subjetivos puramente individuales⁸; los derecho de grupo, son los que motivan la actuación.

El requisito cardinal de causa o controversia judicial muta su significado frente a la legitimación de órganos que actúan en representación del colectivo damnificado. Circunscribir la legitimación del Defensor del Pueblo o de las asociaciones con fines colectivos, a la idea tradicional en la que los tribunales judiciales sólo ejercen su potestad jurisdiccional en el marco de una causa, entendida como “aquélla(s) en las que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad

legitimación a los actores, un grupo de 17 vecinos, en su carácter de legitimados extraordinarios para la tutela del bien de incidencia colectiva ambiente, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común e indivisible (Cfr. Considerando 1 y 6, tercer párrafo).

⁷Cfr. artículos 43 párrafo 2º y 86 de la Constitución Nacional.

⁸RIVERA, Julio C. (h), "La noción de Derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores", SJA 25/6/2008.

alegan quienes los demandan”⁹, es utilizar una teoría creada para la defensa de los derechos subjetivos de los particulares¹⁰.

En la protección de los derechos de incidencia colectiva, se habilita una legitimación extraordinaria o anómala. Frente al daño sobre derechos indivisible los sujetos se encuentran relevados de probar un perjuicio particular sobre una persona o el patrimonio debiéndolo hacer sobre el daño al bien colectivo. En los conflictos sobre derechos individuales homogéneos, la existencia de controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho¹¹.

Respecto de las asociaciones –superada la duda respecto de su actuación hasta tanto se registren conforme a la ley que determinará los requisitos y forma de su organización– como sujetos legitimados en la protección de los derechos de incidencia colectiva, fueron tratadas en la Ley Fundamental conforme con las reglas del Código Civil. Para representar al colectivo, los derechos de grupo deben encontrarse previstos dentro de las finalidades de la agrupación litigante, con un esquema mínimo de organización, preferentemente, con existencia de estatuto social, que a la vez permita cotejar las referidas metas institucionales¹².

⁹ CSJN “Polino Hector y otro c/ Poder Ejecutivo” consid. N° 4, sentencia del 07/04/1994, La Ley 1994-C, 294.

¹⁰No obstante la redacción del texto constitucional legitima al Defensor del Pueblo y a las asociaciones con fines colectivos, el Máximo Tribunal de la nación, falló muy apegada a la jurisprudencia tradicional que exigía la demostración de un perjuicio directo, real, y concreto y diferenciado como titular de la relación jurídica sustancial. Cfr. CSJN, “Rodríguez, Jorge en Nieva Alejandro y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 17/12/1997, La Ley, 1997-E, 884; CSJN, “Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Previsión de Servicios de Acción Comunitaria” sentencia del 07/05/98, fallos: 321:1352, La Ley, 1998-C, 602; 1998-F, 76; Doctrina Judicial, 1998-2,820; CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN –PENDto. 1517/98 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 21/12/2000, Fallos 323:4098. La transición se produjo en los autos caratulados “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. decreto 1316/2002 c/ Estado Nacional - decretos 1570/2001 y 1606/2001 s/amparo ley 16986”¹⁰, porque si bien la sentencia considera que el actor no se encuentra legitimado en la acción interpuesta porque no se presenta defendiendo derechos de incidencia colectiva, las doctoras Elena Highton y Carmen Argibay se refieren expresamente a la ampliación de los sujetos legitimados para la protección de esos derechos. (Cfr. Considerando 10 del Voto de las juezas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dras. Elena Highton y Carmen Argibay).

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 105.

¹²LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva...* cit., p. 153. Para otorgar legitimación en CSJN “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Estado Nacional” analiza los estatutos de las amparistas, del que se desprende la lucha contra el SIDA- derecho colectivo cuestionado- y le reconoce legitimación. En “Mignone, Emilio F.”, los doctores Fayt y Petracchi, Boggiano, y Bossert, hacen un análisis de los estatutos de la

El Ministerio Público, también es legitimado para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. A pesar de no encontrarse previsto expresamente como tal en la redacción constitucional, esto se infiere de las funciones propias del órgano. El artículo 120 de igual texto normativo señala que "... tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República". La doctrina es conteste en reconocer la legitimación colectiva del Ministerio Público cuando la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad se encuentre amenazada por lesiones a los derechos de incidencia colectiva¹³.

3.2. Observación de la debida representación al comienzo y durante el proceso. Necesaria publicidad para la debida integración del grupo. Control de no connivencia de los representantes.

La naturaleza de los derechos de incidencia colectiva y la legitimación de sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa son causa lógica de la transgresión en los límites tradicionales de la cosa juzgada.

La acción es "una" para defender a "muchos", como consecuencia, a través de una sentencia, se resuelven los derechos de todos los integrantes del colectivo, aunque no participen personalmente en el pleito.

Como en estos procesos se defienden los derechos de todos los afectados que no actúan personalmente sino a través de un representante colectivo, también se produce una redefinición de la idea clásica del debido proceso legal que exige que toda persona deba tener su "día en el tribunal" porque la voz de los integrantes del grupo será transmitida por aquel. En este orden de ideas, cuantas más certezas encontremos sobre la capacidad

parte actora (Centro de Estudios Legales y Sociales -C.E.L.S.-) para reconocerle legitimación. En "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud", la Corte se adhiere al Dictamen del Procurador General, aplica el criterio de Asociación Bengalhensis y confirma la legitimación de la Asociación Civil con fundamento en su carácter de titular del derecho de incidencia colectiva.

¹³MORELLO, Augusto Mario y SBDAR, Claudia B., *Acción Popular ...*, cit, p.165, 166; QUIROGA LAVIÉ, Roberto, BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, p. 1226; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 365; JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Las parte y la legitimación procesal en el proceso administrativo" en *Derecho Procesal Administrativo 1*, Dir. Cassagne, Juan Carlos, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 473, entre otros.

del representante, para hablar por aquellos que no intervienen directamente en el proceso, mayor será la legitimidad constitucional de la sentencia¹⁴.

Por la trascendencia de lo expuesto de la que se desprende la validez del proceso, es esencial determinar la aptitud de postulación de quien se presenta. Puede tomar el juez argentino como guía al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica que imponiendo como uno de los requisitos de la demanda colectiva “la adecuada representatividad del legitimado”¹⁵, enumera como parámetros de análisis: la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase¹⁶.

Asimismo, para una debida representación, defensora idónea del derecho de los ausentes, es necesaria una adecuada publicidad: El ejercicio de los derechos procesales vinculados con la participación en juicio sólo puede realizarse efectivamente en la medida en que los sujetos tengan conocimiento oportuno y útil de la existencia del proceso. El sistema de difusión debe encontrarse dotado de herramientas idóneas para que los interesados puedan conocer con relativa facilidad, la existencia de un juicio cuyos efectos repercutirán sobre su situación jurídica, dada la dimensión de incidencia colectiva involucrada¹⁷. La Corte dijo en “Halabi” que “es menester, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos” (Considerando 20, última parte).

¹⁴OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo ‘Halabi’?” Lexis Nexis 0003/014882.

¹⁵Cfr. artículo 2 inciso I.

¹⁶Cfr. artículo 2 parágrafo 2º.

¹⁷MAURINO, NINO, SIGAL, *Acciones Colectivas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 264, 266.

También la correcta difusión de la existencia del proceso colectivo, persigue, entre otras cosas, la debida integración de la “representación” de aquellos que se verán alcanzados por la sentencia que se dicte¹⁸. Se trata de procesos complejos en los cuales la justicia debe pronunciarse luego de escuchar a las distintas posiciones de todas las partes afectadas¹⁹. La exclusión de legitimados colectivos implica una pérdida grave de perspectivas, argumentos y pruebas posibles, cuya presencia contribuiría en forma relevante a lograr la mejor solución del caso²⁰.

La correcta difusión no se puede quedar en la publicación de edictos que nadie lee. El juez debe indicar los medios por los que notificará a todos los miembros que conformen el grupo: en diarios de mayor circulación, por televisión, redes sociales, anotación en el registro de procesos colectivos si existiere, etc. La notificación deberá contener la pretensión perseguida, una síntesis de los hechos articulados, los medios de prueba que se pretende utilizar y los sujetos que ostentan la representación adecuada y en su caso de sus abogados²¹.

Como otro requisito indispensable para una adecuada representación, es necesario que el juez controle que no exista connivencia entre el representante y/o sus abogados con la contraparte²²; como así también que en ningún momento del proceso, el representante coloque sus intereses personales por sobre los del grupo. En el caso de los derechos indivisibles, el elemento de control por parte del juzgador será la idoneidad de las acciones realizadas para proteger los derechos en juego, ya que al tratarse de derechos indivisibles, la sentencia que proteja su integridad trae aparejada la protección de los cotitulares del derecho discutido. Respecto de los derechos individuales homogéneos es un tanto más complicado, deberá constantemente observar constantemente la actuación del representante de

¹⁸TOIA, Bruno Gabriel, “El sinuoso camino hacia la tutela de los intereses colectivos”, La Ley BA (febrero), 51. Comentario a fallo JFedMardelPlata N4, Mar del Plata, “Cámara Pesquera Mar del Plata c. Estado Nacional”, sentencia del 08/10/2008).

¹⁹OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada... cit.

²⁰MAURINO, NINO, SIGAL, *Acciones Colectivas...* cit., p. 255.

²¹FALCON, Enrique Mario, “El rol del juez y de los abogados en el proceso colectivo. La igualdad entre las partes, Conflicto de interés”, I Conferencia Internacional y XXIII Iberoamericana de Derecho Procesal realizadas en Bs. As. Argentina del 6/9 de junio de 2012, Los Procesos Colectivos Class Actions, Libro de ponencias, Santa Fe, 2012, p.94.

²²OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada... cit.

la clase para controlar que la actuación se realice en pos de los derechos de la clase, despojados de intereses mezquinos y/o connivencias con la contraria. Frente al caso de indebida representación, el juez deberá desplazarlos y reemplazarlos por alguno de los representantes estatales, ya sea el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público con el fin de que no se caiga el proceso y se resguarden debidamente los derechos.

Los procesos colectivos han revolucionado al derecho procesal con motivo en sus características particulares. Es fantástico que a través de un proceso pueda resguardarse el derecho de masas, pero es muy importante cuidar que se resguarden los derechos de todos los involucrados porque encontrándose en juego el debido proceso “la representación incompetente de derechos de grupo por parte de la entidad legitimada debe ser considerada como denegación del debido proceso garantizado por la Constitución”²³, con todo lo que esto implica.

4. Determinar y diseñar el proceso.

La Constitución no se ha referido a todos los mecanismos procesales idóneos para la protección de los derechos de incidencia colectiva, sólo ha mencionado al amparo. En este sentido, la protección de los derechos de incidencia colectiva que requieran de un amplio debate, con una amplia producción probatoria, donde sea ineficiente el amparo como acción expedita y rápida, puede ejercitarse a través del mecanismo, que de acuerdo a las particularidades del caso, sea idóneo para proteger el derecho que se encuentra en juego, no obstante no encontrarse previsto en la carta magna. Es decir; la inclusión del amparo en la Constitución no impide que en aras a proteger los derechos colectivos se ejerciten acciones que su texto no prevé.

De todos modos el rol del juez en el proceso colectivo no es estático ni debe seguir estructuras diseñadas para procesos individuales, su accionar sino dinámico y hacedor del proceso en sí, al que través de resoluciones – siempre fundadas– va diseñándolo con la ayuda del camino marcado por la doctrina y la jurisprudencia.

²³GIDI, Antonio, *Class Actions in Brazil. A model for civil law countries*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. LI, 2003, nº 2, p. 372. Citado por GIANNINI, Leandro, en “La representatividad adecuada en los procesos colectivos” en VV.AA; *Procesos colectivos* (OTEIZA, E. Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 179, 214.

En cualquier caso debe de analizar el derecho en juego, examinar a los sujetos legitimados que representan al grupo, controlar la debida representación desde el comienzo y durante todo el proceso, publicitar la acción para la debida integración del grupo y controlar –también durante todo el proceso– que las acciones de los representante estén dirigidas a proteger los derechos en juego y alejados de connivencias desleales y/o intereses particulares por sobre los del grupo. Con estos infaltables que esperamos del juez, consideramos que se podrán resguardar los derechos de incidencia colectiva, que aún hoy, esperan de un proceso legalmente establecido.

María Fernanda del Huerto Silva.