

La Jurisprudencia como Fuente del Derecho, la Necesidad de Fundar las Decisiones Judiciales, Procesos Colectivos y Procesos de Familia

Ponencia de la Asociación Argentina de Derecho Procesal

1. Introducción

Por medio del Decreto N° 191/2011 el Poder Ejecutivo Nacional designó una Comisión especial para redactar un Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Este Anteproyecto fue concluido y oportunamente elevado por la Comisión al Poder Ejecutivo. Entre sus previsiones relacionadas con el derecho procesal se cuentan diversas cuestiones de relevancia en materia de fuentes del derecho, motivación de la decisión, tutela procesal colectiva de derechos y proceso de familia, entre otras. También se contaban otras previsiones de naturaleza procesal en materia de tutela colectiva de derechos que han sido eliminadas de la versión original y no forman parte del Proyecto enviado al Congreso de la Nación. Esta ponencia pretende abordar brevemente las mencionadas cuestiones y presentar la opinión de la Asociación Argentina de Derecho Procesal sobre su mérito, conveniencia y oportunidad. En este sentido, se adelanta que:

- (i) El reconocimiento de la jurisprudencia basada en hechos y el alineamiento de las normas civiles con las constitucionales y convencionales resulta un nítido avance.
- (ii) La exigencia de motivación de las decisiones judiciales conlleva una superación del código vigente que guarda coherencia con el reconocimiento de la jurisprudencia y da mayor consistencia al derecho de defensa.

- (iii) Se considera oportuno el ensanchamiento de las tipologías normativas de los derechos al reconocer que los de incidencia colectiva requieren de una expresa regulación civil , por esa razón se propone que sean reincorporadas aquellas que fueron eliminadas del texto del Proyecto antes de ser enviado al Congreso de la Nación.
- (iv) La recepción positiva de principios procesales esenciales para garantizar una adecuada tutela de las relaciones de familia y la adecuación de las reglas de competencia para asegurar en ciertos supuestos un mayor acceso a la justicia se consideran también una mejora importante, y se proponen al mismo tiempo algunas ideas para avanzar todavía más en ese sentido aprovechando la oportunidad histórica que significa la discusión de este proyecto.

2. El derecho civil en clave constitucional y convencional y la incorporación de la jurisprudencia como fuente de derecho

En los fundamentos del Anteproyecto se indica que sin abandonar la tradición del derecho continental europeo que inspiró en el ochocientos la codificación argentina en materia civil y comercial se recoge el desarrollo del derecho latinoamericano. Además de coincidir con la iniciativa de respetar la identidad cultural y los cambios políticos, ideológicos y sociales ocurridos desde la sanción de ambos cuerpos normativos hasta hoy, es muy importante la expresa mención sobre la relevancia de los principios constitucionales y convencionales que influyen directamente sobre el derecho que puede, desde una visión simple, identificarse como privado pero que se encuentra simbióticamente unido al derecho público, categorías ambas cuya separación se ha diluido.

La visión de los mundos separados entre lo público y privado hace tiempo que tiende a abandonarse. En ese sentido es muy útil la explicación que

en los fundamentos contiene el Anteproyecto, la cual permite realizar una lectura de su texto sobre una base que da cuenta de los desarrollos jurídicos que demuestran que las pretendidas divisiones entre ámbitos normativos civiles, constitucionales y convencionales hoy se realiza con una visión integradora. El derecho civil se vincula con recíprocamente con el constitucional y el convencional, en una lógica de conjunto que contrasta con las posiciones que las conciben como ámbitos aislados.

Además entre las fuentes del derecho se incorpora a la jurisprudencia. En el art. 1º del Proyecto se establece el principio de legalidad para luego disponer que la aplicación de las normas del Código debe ser conforme con la Constitución y los tratados en los que la República Argentina sea parte. *A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso.* La jurisprudencia ha sido calificada acertadamente por la Comisión al tomar en cuenta que ella es útil cuando hay una apreciable similitud entre los hechos del caso. Lo cual significa calificar el uso de la jurisprudencia y tomarla en consideración no como mera abstracción sino cuando resultan comparables los hechos que dieron lugar a la decisión que se toma en consideración.

3. El deber de resolver mediante resoluciones fundadas

El Proyecto impone en el art. 3º el deber de los jueces de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. Dicha disposición es consecuencia de la condena de arbitrariedad sostenida por la Corte Suprema de la Nación de aquellas decisiones judiciales que no cumpla con el referido requisito. Desde la misma perspectiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el

recaudo de debida motivación o fundamentación integra la noción de debido proceso incorporada al art. 8 de la Convención sobre Derechos Humanos.¹

4. Procesos colectivos (tutela de derechos de incidencia colectiva)

4.1. Tipología de Derechos: necesidad de reincorporar a los derechos individuales homogéneos como objeto de tutela

La delimitación de la noción “derechos de incidencia colectiva” no es una mera preocupación teórica. Por el contrario, al determinarse normativamente qué presupuestos deben configurarse para poder encuadrar una situación determinada en dicha categoría, se está adoptando una posición fundamental que incide sobre todo el ordenamiento. Los sujetos que merecen reconocimiento de sus derechos dejan de ser las personas divididas en de existencia visible o jurídicas para pasar a reconocerse también a aquellos derechos de incidencia colectiva, en una fuerte congruencia con las disposiciones constitucionales, lo cual incide sobre el modelo de enjuiciamiento que deja de ser entendido solo desde una perspectiva individual, que supone ampliar las chances de acceso al sistema de cierto tipo de pretensiones colectivas y no de otras.

El término “derechos de incidencia colectiva” (art. 43 CN) es una expresión genérica que satisface las necesidades descriptivas del objeto que nomina. El alcance que le damos aquí implica dejar a un lado toda interpretación restrictiva que del mismo pueda pregonarse, tanto en virtud del contexto en que el concepto fue incorporado (acción de amparo) como también por equiparación (a nuestro criterio indebida) de la noción de “derechos de incidencia colectiva” con la de “derechos difusos”. En cuanto a lo primero

¹ Caso “*ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE*” de la Corte Interamericana según sentencia del 24.02.12. FEBRERO DE 2012

(superación de la utilización exclusiva del término en el campo del proceso de amparo), es ya una tendencia generalizada la de consentir la utilización de la categoría de marras, más allá del contexto normativo en que fue incorporado (es decir: de la letra del art. 43 de la Const. Nac.), sea por vía analógica² o mediante una más abarcadora interpretación *a fortiori*.³ Respecto a la segunda de las tendencias restrictivas del concepto (asimilación entre derechos de incidencia colectiva e intereses difusos), entendemos que estos últimos resultan ser sólo una especie de derecho de incidencia colectiva.⁴

La versión original del Proyecto trató esta materia, procurando poner fin, al menos en parte, al estado de mora legislativa que la doctrina procesal y constitucional viene destacando desde hace tiempo y que, más recientemente, ha preocupado a la Corte Suprema en el caso “Halabi” (2009).⁵ Esta versión

² En diversas oportunidades la jurisprudencia ha avanzado en la utilización de la noción prevista en el art. 43, inc. 2, más allá del proceso de amparo. Así, por ejemplo, se ha extendido sus alcances autorizando el enjuiciamiento colectivo en acciones declarativas de certeza (CSN, “AGUEERA”, “Fallos” 320:690,) u originarias de inconstitucionalidad (SCBA, causa I. 2.312, sent. del 1-X-2003, “Asociación de Empleados de la Dirección de Rentas e Inmobiliaria c/Provincia de Buenos Aires s/Inconstitucionalidad ley 12.727 y dec. 2023/01”), al habeas corpus (CSN, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa ‘Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus’”, “Fallos” 328:1146), al habeas data (Cám. Nac. Com., sala E, “Unión de Usarios y Consumidores c. Citybank NA”, sent. del 12-V-2006, LL 2006-D-226) y otros procesos de conocimiento (v. CSN, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia”, sent. del 13-VII-2004, “Fallos” 327:2967, en la que el Máximo Tribunal recondujo el trámite de una demanda de amparo colectivo en un proceso ordinario de recomposición ambiental).

³ Algunos autores han desarrollado en este argumento, considerando que si el constituyente reconoció la legitimación colectiva para una acción de las características del amparo (rápida, expedita y necesitada de un conocimiento sumario), no podría negarse la aptitud de dicha forma de tutela en acciones de conocimiento pleno, que poseen menos limitaciones y en las que es posible además el debate acabado de problemáticas complejas, como suelen ser las que presentan los procesos grupales (v. en este sentido, BIDART CAMPOS, Germán, Tratado de Derecho Constitucional, Ediar, t. VI, p. 320; SAFI, Leandro, “El amparo como trámite para el conflicto colectivo”, en *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados* del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Ley, 2005, p. 124).

⁴ GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, ob. cit., pp. 29-65; íd., “Tipología de los derechos de incidencia colectiva”, en *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados*, XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Ley, 2005, pp. 40-63; UCÍN, María Carlota, “Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual”, en *Libro de Ponencias generales y trabajos seleccionados del XXXIII° Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Ley, p. 153.

⁵ CSJN, H.270, L.XLII, “Halabi, Ernesto c/ PEN –Ley 25.873 Dto. 1563/04- s/ amparo”, sent. del 24-II-2009.

incorporaba en el art. 14 una clasificación tripartita de derechos: a) los derechos individuales, b) los derechos individuales homogéneos, que –en la lógica de la iniciativa- son derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, en los que existe una pluralidad de afectados particulares, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común;⁶ y c) los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

Una nota destacable de esta sistematización era la *explícita incorporación de los derechos individuales homogéneos dentro del ámbito de protección de los procesos colectivos*. Al señalarse que determinados derechos “individuales” pueden ser enjuiciados colectivamente, se agota, al menos en el ámbito civil y comercial, el debate acerca de la posibilidad de accionar grupalmente para la defensa de prerrogativas individuales, puramente patrimoniales, provenientes de un origen común.⁷ Apoyamos esta posición, más

⁶ En sintonía con la definición del art. 14 del Anteproyecto, el art. 1746 de dicho cuerpo determinar que existirán “daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica”. Asimismo se prevé en dicha norma que tendrán legitimación para reclamar su defensa el afectado, el Defensor del Pueblo de la jurisdicción que corresponda y las asociaciones destinadas a la defensa de esta categoría de derechos

⁷ En este sentido, se ha podido caracterizar a los derechos individuales homogéneos –una de las tres vías posibles de acceso a un proceso de índole colectiva (además de los difusos y colectivos)- que son aquellos derechos de primera generación, tal como los civiles previstos en este cuerpo normativo, que en virtud de una vinculación causal pueden presentar rasgos de uniformidad tal que ameriten dar origen a un reclamo por una vía colectiva y única, poniendo en vigencia principios de celeridad, economía procesal y fácil acceso a la justicia (Ucín, María Carlota, La tutela de los DESC. El proceso colectivo como alternativa procesal, Librería Editora Platense, 2011). En contraste con ello, sin embargo, algunos tribunales, aun luego del *leading case* de la Corte Suprema *in re* “Halabi”, siguen sosteniendo que en esta clase de procesos no es viable la defensa de derechos individuales homogéneos patrimoniales. Entienden incluso que la doctrina sentada por el Máximo Tribunal en dicho precedente, no significó ampliar la legitimación del art. 43 de la Constitución Nacional en este ámbito específico. Véase, por ej., el criterio sostenido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, *in re* “Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Citibank NA s/ordinario” del

allá de cualquier disquisición teórica que pudiera plantearse con respecto al enfoque.⁸

De reincorporarse tal categorización de derechos (eliminada del Anteproyecto por el Poder Ejecutivo), luego sólo correspondería al parlamento organizar el mecanismo de debate mediante la reglamentación de los distintos aspectos que deben ser redimensionados en este campo (entre otros, reconocimiento de legitimación a otros sujetos nocontemplados en la Constitución, regulación de la representatividad adecuada, formas de notificación de los miembros ausentes de la clase, litispendencia, relación entre

21/10/09; *id. in re* "Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Argos Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. s/ ordinario", sent. del 3-II-2012, en LL del 17-V-2012, p. 7 (en el mismo sentido, dicha sala se había pronunciado antes del fallo "Halabi de la CSN: v. *id.* causa "Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Siembra A.F.J.P" del 30-IX-05).

⁸ VERBIC, Francisco, *Procesos colectivos*, Astrea, 2007, pp. 32-37; GIANNINI, Leandro, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, ob. cit., *pássim.*; *id.*, "Tipología de los derechos de incidencia colectiva", en *Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal*, Mendoza, 2005, Ed. La Ley, pp. 40-63; *id.* "Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción 'derechos de incidencia colectiva'", *L.L.* 2008-A-97. La doctrina en general ha seguido esta tesitura amplia de la expresión incorporada al art. 43 de la Constitución Nacional. V. entre otros, QUIROGA LAVIÉ, H., *El amparo colectivo*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 128; MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín, *Las acciones colectivas*, pp. 170 y 190-194; SALGADO, José M., *Tutela individual homogénea*, Astrea, 2011, pp. 42-45; GIL DOMÍNGUEZ, A., "Los derechos de incidencia colectiva en general", en FERREYRA, G.-EKMEKDJIAN, M. (coord.), *La reforma constitucional de 1994*, Depalma, Bs. As., 2000, p. 234; *id.*, "Bienes colectivos, cosa juzgada constitucional colectiva y daño constitucional", en SAGÜÉS, N. (dir.)-ÁBALOS, M. (coord.), *Garantías y procesos constitucionales*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, p. 250; GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2ª ed. 1998, t. II, p. III-5; RIVAS, A., "Poderes fiscales y garantías constitucionales. A propósito de la postura de la Corte Suprema frente al derecho de defensa en juicio esgrimido por asociaciones", *JA* 2003-IV-53 (nota 1); UCÍN, María Carlota, "Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual", en *Libro de Ponencias generales y trabajos seleccionados del XXXIII° Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Ley, p. 153); SAMMARTINO, Patricio M., *Principios constitucionales del amparo administrativo*, LexisNexis, Bs. As., 2003, pp. 290-291; MORELLO, A.M., "La legitimación en la tutela de los derechos subjetivos homogéneos", nota a fallo publicada en *DJ*, 2003-3, especialmente p. 184 (incluida en MORELLO-SOSA-BERIZONCE, *Códigos ...*, t. X-A, p. pp. 530-532). La postura amplia fue también receptada en las "Conclusiones" del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Mendoza, 2005, en las que -en lo que aquí respecta- se expresa: "1. La tutela de los derechos de incidencia colectiva se sustenta en los preceptos de la Constitución Nacional -arts. 41, 42, 43 y cons.- y en los pactos y convenciones internacionales [...] abarca tanto la tutela de derechos grupales de naturaleza indivisible, como también derechos ontológicamente divisibles, pero provenientes de un origen común (derechos individuales homogéneos)".

los procesos colectivos y las acciones individuales, alcances de la sentencia, posibilidad de condenas genéricas y mecanismos de liquidación especiales – *fluid recovery*-, etc.).⁹ Lo que ya no podría hacer el legislador es tomar la decisión de no prever un sistema de enjuiciamiento grupal para este tipo de conflictos colectivos.

Afirmamos la conveniencia de reincorporar el texto original del Anteproyecto debido a que, lógicamente, el problema subsiste si el Código sólo reconociera en el futuro, como lo hace la versión actual del art. 14 del Proyecto, “...a) *derechos individuales*.b) *derechos de incidencia colectiva*”. En efecto, a partir de esta versión corregida subsiste la incertidumbre en torno a la inclusión o no de los derechos individuales homogéneos dentro del género aludido ya que sigue librada a lo que la jurisprudencia entienda por tales.

⁹ En este sentido cabe señalar que un intento de regulación similar de ciertos dispositivos procesales del enjuiciamiento grupal de derechos de incidencia colectiva se elevó oportunamente al legislador nacional a través de un “Proyecto de Reformas a la Ley General del Ambiente (Ley 25.675)”, elaborado por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y auspiciado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Dicho proyecto alcanzó trámite parlamentario en el Senado Nacional (exp. 225/07) y allí se contemplaba expresamente: 1) la inclusión de los derechos individuales homogéneos como categoría especial de los derechos de incidencia colectiva, permitiéndose la demanda concentrada de los perjuicios pluriindividuales derivados de un daño ambiental, siempre que la vía colectiva fuere más eficiente que la individual, predominaran las cuestiones comunes y fuera imposible o gravoso el proceso litisconsorcial; 2) el control judicial de la representatividad adecuada del legitimado colectivo para iniciar el proceso grupal, requiriéndose al efecto la acreditación de ciertos recaudos ligados a la idoneidad del portavoz general, en defecto de los cuales se preveía la posibilidad de suplir tal falencia con la convocatoria a juicio de otro legitimado grupal; 3) la regulación de la litispendencia en dos planos diversos: i- el horizontal, entre acciones colectivas, creándose un registro de acciones colectivas; ii- el vertical, entre la acción colectiva y las individuales vinculadas, cuyo funcionamiento era opcional para el particular; 4) el alcance objetivo de la sentencia de condena, previéndose al efecto diversas alternativas: i- la condena genérica con posterior liquidación personal; ii- la condena genérica con simultánea liquidación pluriindividual; iii- la condena genérica con eventual liquidación impersonal; 5) el alcance subjetivo de la cosa juzgada, regulándose sus efectos en dos planos diversos: i- en el plano horizontal, la sentencia grupal hacía cosa juzgada *erga omnes* respecto de otras acciones colectivas impidiendo su reproposición, salvo rechazo por insuficiencias probatorias; ii- en el plano vertical, la sentencia colectiva favorable al grupo defendido beneficiaba *in utilibus* a las acciones individuales vinculadas, y la desfavorable, nunca impedía el ejercicio de la acción individual (ver VERBIC, Francisco, “El proyecto de reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina”, Revista de Processo, n° 157, Ed. Revista Dos Tribunais, Brasil; GIANNINI, Leandro J., “Los procesos colectivos en la ley general ambiental. Propuestas de reforma”, AAVV. “Aportes para una justicia más transparente”, Coord. BERIZONCE, Roberto O., LEP., 2009, p. 105).

4.2. Sanción pecuniaria disuasiva

En sintonía con la reforma operada sobre la Ley de Defensa del Consumidor en el año 2008 por medio de la ley N° 26.361, el Proyecto regula en su art. 1714 una *“sanción pecuniaria disuasiva”*. En tal sentido, acuerda al juez la potestad de aplicar, a petición de parte, una sanción pecuniaria a quien actúe *“con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva”*. Pueden petitionar tal medida cualquiera de los legitimados para defender este tipo de derechos. Según se desprende de los fundamentos presentados por la Comisión, *“un sujeto puede iniciar un pleito reclamando el resarcimiento de daños individuales (cobrar una indemnización que ingresará a su patrimonio) y pedir la aplicación de la sanción (que no irá a su patrimonio), o sólo esto último”*.

El monto de la sanción se fija *“prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener con su conducta, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas en su contra”*. En los fundamentos se explica que, a diferencia de la regla general que impone resarcir el daño *“por equivalencia o por satisfacción”*, en el caso de la sanción regulada por este artículo *“no hay prueba directa para la cuantificación y por ello se alude a la fijación prudencial”*.

En cuanto al destino de los fondos obtenidos por su aplicación, la propia norma prevé que será aquel *“que le asigne el juez por resolución fundada”*. Es interesante subrayar que la Comisión evaluó otras alternativas para definir este punto, sobre el cual hubo muchos debates según se desprende de los fundamentos del Anteproyecto. Entre tales opciones alternativas, además de la

escogida, se cuentan “a) darle el dinero a la víctima; b) distribuirlo parcialmente entre la víctima y un destino distinto; c) darle un destino colectivo”.¹⁰

Este artículo también fue modificado por el Poder Ejecutivo ya que en su versión original remitía a “los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c)”. Esto es, sólo a los derechos colectivos que recaen sobre bienes indivisibles (por lo cual podía interpretarse que esta sanción no era aplicable en aquellos casos que versan sobre derechos individuales homogéneos). En su redacción actual, la sanción podría aplicar a cualquiera de las especies de derechos de incidencia colectiva que la CSJN reconoció en “Halabi”.

4.3. La acción de cesación de publicidad ilícita

¹⁰Encontramos en los fundamentos las razones por las cuales la Comisión se inclinó por la opción de dejar librado a la prudencia del juez el destino de los fondos obtenidos con motivo de la aplicación de esta sanción disuasiva: “La Comisión, finalmente, optó por el último supuesto por las siguientes razones:

4.4.1. *Dogmática.* Desde el punto de vista dogmático, si la sanción se aplica sólo a los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y no dan lugar a derechos subjetivos, no es admisible que el peticionante cobre. No tiene un derecho subjetivo; actúa como unlegitimado extraordinario. Por esta razón es que el dinero va a un patrimonio de afectación. El juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dárselo a quien no tiene un derecho subjetivo. Los diferentes destinos tienen relación con la experiencia de otros países, como Brasil, en los que, mediante otros institutos, se ha logrado mejorar bienes públicos: creación de fundaciones, campañas de educación, patrimonios de afectación para la promoción de un bien afectado, etcétera.

4.4.2. *Litigiosidad:* Uno de los argumentos para darle la indemnización a la víctima es que constituye un incentivo para hacer juicios con el objeto de defender derechos individuales o colectivos. En nuestro país tenemos un buen sistema que ha logrado altos niveles de litigiosidad a través de reformas procesales de acceso a justicia. Hoy existen juicios sobre todos los grandes temas colectivos en todo el país y podemos exhibir un nivel considerable de litigiosidad ambiental, derechos económico/sociales y consumidores. Eso se ha logrado porque no se paga tasa de justicia, hay una amplia legitimación (afectado, asociaciones, defensores, fiscales, etcétera), y acciones colectivas a nivel nacional y provincial. Es decir, no se advierte que la sanción pecuniaria pueda incidir mucho en incrementar la litigiosidad o el acceso a justicia. Darle una parte del dinero a la víctima no es una solución que incida en la litigiosidad, o por lo menos, las pruebas empíricas demuestran lo contrario. En los sistemas en los que eso sucede, como en Estados Unidos de América, es absolutamente distinto: la víctima paga grandes costos, asume riesgos, y el tema es tratado por los grandes estudios que hacen las inversiones; en Argentina no tenemos ese sistema y tampoco hay quienes propongan adoptarlo”.

Otra previsión interesante en materia de tutela de derechos de incidencia colectiva es la contenida en el art. 1102, donde se prevé la posibilidad de que los consumidores afectados “o quienes resulten legalmente legitimados” puedan petitionar al juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación de anuncios rectificatorios a cargo del demandado y, en su caso, de la sentencia condenatoria dictada en el proceso.¹¹ Cuando se refiere a “quienes resulten legalmente legitimados” el Proyecto no especifica si se refiere a legitimados individuales o colectivos. Sin embargo, cabe presumir que la norma refiere especialmente a estos últimos si tenemos en cuenta que la publicidad engañosa o ilícita es un ejemplo paradigmático de derechos de incidencia colectiva con objeto indivisible.

4.4. Las previsiones procesales más relevantes en materia de tutela colectiva de derechos. Su eliminación

Como fuera adelantado, la versión original del Anteproyecto contenía distintas previsiones procesales de importancia en materia de tutela colectiva de derechos. Previsiones sobre temas que exigen una regulación específica y aun no cuentan con ella. Previsiones que, a pesar de esto, fueron eliminadas por el Poder Ejecutivo antes de enviar el Proyecto al Congreso. Lo más relevante en este aspecto, además de la tipología establecida en el art. 14 a la cual ya hicimos referencia, se encontraba regulado en los arts. 1745 a 1748 del Anteproyecto en su versión original.

En primer lugar se contemplaban allí ciertos principios en materia de daños colectivos e individuales homogéneos y se regulaban los sujetos legitimados para proceder a su reclamo. Con relación a este último punto se

¹¹“ARTÍCULO 1102.- Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

partía del art. 43 de la Constitución Nacional como piso y se procedía a la incorporación de diversos sujetos no contemplados allí.¹²

En segundo lugar, esta Sección 5ta del Capítulo Primero, Título V del Anteproyecto receptaba también el requisito de la representatividad adecuada como un presupuesto de admisibilidad de la acción tendiente a obtener la reparación del daño.¹³ Y lo regulaba con estándares bien pensados para su interpretación y administración por parte de los tribunales.¹⁴

¹² Arts. 1745 y 1746. *“ARTÍCULO 1745.- Daño a los derechos de incidencia colectiva. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada. Están legitimados para accionar: a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional; d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales; e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.*

ARTÍCULO 1746.- Daño a derechos individuales homogéneos. Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o provenientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños: a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio; b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda; c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional

¹³OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco *“La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi”?”*, SJA 10/03/2010; GIANNINI, Leandro *“La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007; VERBIC, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007; SALGADO, José M. *“Tutela individual homogénea”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011.

¹⁴ARTÍCULO 1747.- *Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados.*

Finalmente, la versión original del Anteproyecto regulaba el alcance de la cosa juzgada en el marco de los procesos colectivos y traía interesantes previsiones relativas a la ejecución de sentencias allí recaídas. En materia de cosa juzgada la iniciativa seguía en gran medida los lineamientos del modelo brasileño al establecer un sistema de cosa juzgadasecundumeventum Litis (esto es: que sólo puede favorecer los intereses individuales de los miembros del grupo afectado, pero nunca perjudicarlos).¹⁵

4.5. Colofón

Entendemos que la iniciativa propuesta por el Poder Ejecutivo Nacional configura una oportunidad y un contexto más que interesante para evaluar la posibilidad de incorporar previsiones procesales que garanticen reglas claras de debate en –al menos- ciertos aspectos medulares que hacen a la tutela colectiva de derechos. Entre ellos, la legitimación activa y el requisito de la representatividad adecuada, por un lado, y el alcance de la cosa juzgada, por otro. A pesar de que las tres cuestiones mencionadas se encontraban contempladas en el texto original del Anteproyecto, toda referencia a ellas fue eliminada por el Poder Ejecutivo Nacional y –por tanto- no forman parte del Proyecto enviado al Congreso de la Nación.

Igualmente interesante era la recepción legislativa y definición expresa de ciertas categorías de derechos colectivos en el art. 14 del texto original del Anteproyecto. En la experiencia brasileña, por ejemplo, una definición del género –incluida en el Código de Defensa del Consumidor- fue el puntapié

¹⁵ARTÍCULO 1748.- Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado.

inicial (y fundamental) para avanzar en el desarrollo de un sistema procesal adecuado orientado a su defensa. Sucede que la recepción de estas categorías hubiera clarificado en gran medida qué modelo de tutela colectiva debe tener presente el legislador argentino a la hora de sancionar una regulación procesal adecuada para enfrentar y resolver eficientemente conflictos colectivos. Modelo que hasta ahora, sobre todo después del fallo “*Halabi*” y sus profusas referencias al sistema estadounidense, no está del todo claro. El problema es que tal recepción positiva de derechos colectivos también fue eliminada del texto presentado por la Comisión redactora.

Si bien en la página oficial de la iniciativa se detallan todas las modificaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo Nacional a la versión original del Anteproyecto, no surge ninguna explicación ni argumento de por qué se procedió a eliminar las previsiones sobre esta materia.¹⁶ Desde la Asociación Argentina de Derecho Procesal entendemos que resulta importante, conveniente y oportuno aprovechar esta oportunidad para avanzar en la materia y proveer un piso mínimo fundamental común para todo el país.

5. Proceso de familia

Desde la perspectiva procesal, el Proyecto amplía las disposiciones adjetivas que posee el Código Civil vigente. Su texto prevé al proceso de familia en forma específica como tal, en una perspectiva superadora de la versión actual, en la cual, las normas procesales previstas se encuentran distribuidas a lo largo de su normativa.¹⁷ A diferencia del Proyecto de Reforma del año 1998, en el que se regularon las acciones de estado de familia, en esta ocasión se incorporaron pautas generales a las que –de sancionarse– se deberán alinear

¹⁶ Ver <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-PEN.pdf>

¹⁷ Art. 227 la competencia en las acciones de separación personal y divorcio vincular y nulidad; 228, alimentos; 316 sobre el otorgamiento de la guarda; 321 inc. a en la adopción.

los procesos provinciales a los fines de dirimir las contiendas de esta naturaleza.

Estas disposiciones se añadieron en el organigrama del Libro segundo, denominado “Relaciones de familia”¹⁸. El mismo se divide en cuatro capítulos¹⁹ que fijan las guías básicas a las que el derecho positivo procesal provincial y las sentencias a emitirse deberán seguir con un resultado uniformador y en aras de adecuarse a las previsiones supraconstitucionales en la materia.²⁰ Esta es la tendencia imperante también en el derecho comparado.²¹ Además de lo referido a los principios procesales, a las acciones de estado de familia y a las reglas de competencia, el proyecto reguló las medidas provisionales.

5.1. La incorporación de los principios procesales

¹⁸ LIBRO SEGUNDO. RELACIONES DE FAMILIA. TÍTULO I. Matrimonio, II. Régimen patrimonial del matrimonio, TÍTULO III. Uniones convivenciales, TÍTULO IV. Parentesco, TÍTULO V. Filiación, TÍTULO VI. Adopción; TÍTULO VII. Responsabilidad parental. TÍTULO VIII. Procesos de familia.

¹⁹ Dentro del Título VIII, se prevé: Capítulo 1. Disposiciones generales; Capítulo 2. Acciones de estado de familia; Capítulo 3. Reglas de competencia; Capítulo 4. Medidas provisionales.

²⁰ La protección y reconocimiento a la familia se encuentra, en el ámbito internacional, por ejemplo, en la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en sus artículos 17, 19, 11 inciso 2 y 32; En la “Convención sobre los derechos de los Niños”, en su preámbulo y en sus arts. 2, 5, 8, 9, 10, 16, 20, 21, 22, 24 y 37; en la “Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones”, cuyo art. 5.1 expresa: “Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño”; la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, la “Convención sobre los derechos del niño”; en las “Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD).”; en la “Declaración sobre el progreso y el desarrollo social”, la “Declaración de compromiso en la lucha contra el SIDA”, el “Convenio Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará)” y en forma general en la “Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en cuanto se refiere a los derechos y cuidados especiales a la maternidad e infancia; en la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, en cuanto a la constitución y protección de la Familia (Art. VI) y la protección a la maternidad e infancia (Art. VII).

²¹ Por ejemplo, a través de la regulación de la FGG-Reformgesetz, FGG-RG del 17 de diciembre de 2007, en Alemania, se reestructuró el proceso en materias de familia pretendiendo lograr una reglamentación uniforme. Ver Peter Gottwald, “The new German Procedure in Family Matters”, en la Revista de Processo, nº 198, agosto de 2011, San Pablo, Brasil, Editora Revista dos Tribunais, pág. 165.

En el Título VIII, su capítulo 1 se refiere a las disposiciones generales. Los proyectistas agregaron expresamente a los principios que inspiran el proceso de familia en el artículo 706 del Proyecto, los que se puntualizaron en las disposiciones siguientes. Estos son los de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Sin embargo, algunas de las restantes disposiciones descubren a otras directrices, cuya consagración posee una relevancia especial en esta suerte de procesos.

La jurisprudencia y doctrina son contestes en los beneficios y necesidad que la contienda judicial recepte estas pautas, por lo que su incorporación en el Anteproyecto lo asegura como un standard mínimo de reconocimiento de las garantías y derechos de la carta magna federal en los distintos ámbitos provinciales. Las mismas traslucen también el espíritu que guía a las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad.²²

Otras directrices necesarias para la realización del proceso de familia, cuya prioridad ha sido reconocida por la jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera, resultan el facilitar el acceso a la justicia, la cual lleva, implícitamente, a incorporar el principio de gratuidad y de desformalización, evitando que cortapisas de carácter formal limiten u obstaculicen el desarrollo del proceso.

También se alienta la resolución pacífica de los conflictos. Se procura hallar soluciones que escapen de lo que se entiende por “soluciones jurídicas” tradicionales.²³ Ello lleva a replantear que éstas sean estrictamente judiciales y contradictorias. Este horizonte es el que lleva a alentar la ida del proyecto de la

²² Angelina Ferreya de de La Rúa, “El procedimiento de familia en el Proyecto”, La Ley 21-6-2012.

²³ MORELLO A. M., *Familia y jurisdicción. Hacia una tarea interdisciplinaria*, J. A., 1990-IV, p. 879; *id.*, *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., v. II, pp. 1103 y ss.

solución pacífica de las controversias, lo que se remite a la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos como la conciliación y la mediación.

También el proyecto alienta la especialización de los jueces, al abordaje interdisciplinario, el interés superior del niño, la celeridad²⁴.

5.1.1. Propuesta

Se podría añadir, como pauta general, el principio procesal de la *adecuación judicial* de las formas²⁵ y, como correlato, la *flexibilización de las postulaciones de las partes* en la etapa constitutiva del proceso.²⁶

En este sentido, se podría conferir a las partes la atribución de modificar la pretensión inicial “cuando resulte, manifiestamente, que la carencia de información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asistan a la parte”, asegurando el derecho de la contraria a los fines de respetar el debido proceso legal.

²⁴ Artículo 543. “Proceso. La petición de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión”. Artículo 642.-Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de DOS (2) años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

²⁵ CALAMANDREI P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. SENTÍS MELENDO S., Bs. As., 1943, p. 246.

²⁶ Sobre la recepción de este principio en las recientes reformas del ordenamiento procesal italiano: COLESANTI V., *Il processo di cognizione nella riforma del 1990*, Riv. Dir. Proc., 1993, pp. 20 y ss. GRASSO E., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, Riv. Dir. Proc., 1993, pp. 639 y ss. En la tradición jurídica germánica, en los asuntos contenciosos de familia (v. gr. divorcio, acciones para la determinación de la paternidad), el tribunal puede oficiosamente incorporar hechos y pruebas diversas de las ofrecidas por las partes, de modo que la sentencia se sustente en la verdadera y real situación fáctica. Lo que se traduce en una atenuación significativa al principio dispositivo. Conf. : NAKAMURA H., ob. cit., pp. 467 y ss; LEIBLE S., *Proceso Civil Alemán*, Bibliot. Jur. Dike, Medellín, 1999, pp. 476 y ss.

5.2. Reglas de competencia

Dentro del proceso de familia se reconoce expresamente en el capítulo 3, de ese Título VIII, lo referido a las reglas de competencia, las cuales se vinculan en forma directa al acceso a la justicia.

Es una de sus innovaciones la recepción del denominado concepto de centro de vida atinente al acceso a la justicia con relación a los niños, niñas y adolescentes. Esta es una terminología ya empleada por la ley 26.061 –en su artículo 3- y consagrada en la jurisprudencia, para fijar la competencia del juez.²⁷ El artículo 716 del Anteproyecto la incluye desplazando al concepto tradicional de domicilio, en pos de lograr una proximidad real entre el juez y el niño, niña o adolescente. Esta es la misma línea que se persigue con la Ley de Derechos del Consumidor.²⁸ Estas normas concretan la finalidad tuitiva de la mejor protección de las tutelas diferenciadas a los fines de disipar que la lejanía del lugar de radicación del órgano atente contra la protección jurisdiccional de los derechos.²⁹

5.2.1. Propuesta

Sin embargo, aprovechando la posibilidad de la regulación nacional, se podría prever la posibilidad de legislar sobre la contingencia –frecuente- del

²⁷ La Corte de la Nación ya había utilizado este concepto en la causa “RECURSO DE HECHO. W., E. M. c/ O., M. G.”, sent. del 14-VI-1995, considerando 13. Luego se refirió a este en pronunciamientos posteriores en atención a la referencia a la ley 26.061.

²⁸ En este mismo sentido, el artículo 36 de la ley 24.240 -sustituido por art. 15 de la ley 26.361, B.O. 7/4/2008- establece en su parte final que “Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor”. Sobre la extensión de la interpretación de esta norma, en tanto impide la prórroga de jurisdicción en perjuicio del usuario e impone que las controversias respectivas tramiten ante los tribunales más próximos a éste y su aplicación al juicio ejecutivo, ver SCBA, C 109305 I 1-9-2010, Cuevas, Eduardo Alberto c/ Salcedo, Alejandro René s/ Cobro ejecutivo, C. 109306, 116507 I 7-3-2012, Carlos Giúdice S.A. c/ Delgadillo Heredia, Agapito s/ Cobro ejecutivo”.

²⁹ Esta norma se completa con el artículo 2614 del proyecto referido al domicilio de las personas menores de edad.

cambio del lugar de radicación de la causa, que es lo que en la práctica apareja inconvenientes que ha tenido que dirimir la Corte de la Nación. El principio constitucional del juez natural, entendido como aquél que prevé anticipadamente quién será el magistrado que juzgará la contienda, no se vulnerarían en la medida que pautas predeterminadas y claras lo estipulen. Por consiguiente, se podría agregar -luego del artículo 716- una norma que regule: *“En los supuestos que se modifique el centro de vida, la causa, aún con sentencia, podrá remitirse al juez competente por la materia de la jurisdicción territorial pertinente.”*

6. La incorporación de normas procesales a un Código Civil

Para terminar, en el análisis de las reglas procesales incorporadas en el Proyecto debe considerarse la pregunta sobre las limitaciones y, al mismo tiempo, las atribuciones del Congreso de la Nación para incorporar a un Código de derechos sustantivo disposiciones que en general, por su carácter y no sin excepciones, son entendidas como de derecho local y por esa razón competencia de las Provincias.

En este sentido debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación avala la competencia del Congreso Nacional para dictar regulaciones procesales cuando éstas fueran indispensables a fin de asegurar la vigencia del derecho sustancial en disputa.³⁰ Los derechos de incidencia colectiva cuya violación puede tener efectos en toda la República y la tutela de las relaciones de familia, constituyen una fundada excepción al criterio que deja a las Provincias regular la materia procesal.

³⁰ Desde la causa *“Correa c/ Barros”* (Fallos 136:154) y hasta la actualidad (ver MERCADER, Amílcar *“Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento”*, Ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939).