

**LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA**  
**EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**  
**(Aportes para su redefinición)**

*Por: Leandro J. Giannini\**

Sumario: I. Introducción. II. La noción de los derechos de incidencia colectiva. Importancia de una adecuada definición. Quid de los derechos individuales homogéneos. 1) Importancia del tema. 2) Los derechos de incidencia colectiva (los derechos individuales homogéneos como especie de aquéllos). 3) Los interrogantes que dejó "Halabi". III. El texto del Anteproyecto de Código Civil y Comercial y su revisión por el Poder Ejecutivo. 1) El texto original del Anteproyecto. 2) La versión corregida por el Poder Ejecutivo.

**I. INTRODUCCIÓN.**

Dedicaremos estas líneas al estudio de la conceptualización de los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado para la República Argentina elaborado originalmente por una Comisión de integrada por juristas de la talla de Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>1</sup>, y recientemente elevado con algunas modificaciones por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación<sup>2</sup>.

La presentación del citado cuerpo sustantivo ha movilizado una intensa serie de debates en nuestra comunidad jurídica, lo que era de esperar frente a la importancia de semejante iniciativa para la vida del país.

La propuesta, además de "homogeneizar" dichos textos normativos (finalidad para la que fuera inicialmente convocada la Comisión de trabajo que elaboró el Anteproyecto) plantea una serie de reformas fundamentales, que tocan los más variados aspectos de la vida privada de las personas, como ocurre con las relaciones de familia (abordando la problemática de la fertilización asistida y la maternidad subrogada, los contratos prenupciales, las relaciones convivenciales, etc.), la opción e identidad sexual, la revisión integral del derecho de las obligaciones civiles y comerciales, entre tantas otras.

En lo que interesa a ese trabajo, también el Proyecto se aboca a una problemática que modernamente se ha revitalizado en el mundo procesal, como es la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Sin embargo, como veremos más adelante, la propuesta finalmente presentada ante el parlamento, ha reducido sustancialmente la atención que el Anteproyecto original le brindaba a esta materia.

---

\* Abogado. Especialista en Derecho Procesal Profundizado. Profesor Adjunto Ordinario de Derecho Procesal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> Por Decreto n° 191/2011 el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la creación de la "Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación", integrada por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. El cometido de la Comisión fue el estudio de las reformas necesarias para producir un texto homogéneo de lo que al día de la fecha son nuestros Códigos Civil y de Comercio.

El 27 de marzo de 2012, la Presidenta de la Nación junto con el Presidente de la Corte Suprema, integrante de la citada Comisión, presentaron en sociedad el texto del Anteproyecto.

<sup>2</sup> Mensaje de Elevación N° 884, del 7 de junio de 2012, suscripto por la Presidenta de la Nación, Cristina FERNÁNDEZ DE KIRCHNER, el Jefe de Gabinete, Juan Manuel ABAL MEDINA y el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Julio César ALAK. El Proyecto ingresó por Mesa de Entradas del H. Senado de la Nación el 8 de junio de 2012, tramitando como expediente n° 57/12. El 12 de junio de este año, el expediente pasó a la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara Alta, a efectos de crear la Comisión Bicameral a la que se refieren los arts. 9 y 10 del Proyecto (cuerpo consultivo de 12 legisladores, 6 de cada cámara, que interactuará con la Comisión que redactó el proyecto original)

El estudio de los procesos colectivos o acciones de clase ha arribado en la Argentina a un grado de madurez destacable, que difiere del estado de avance parcial que, en paralelo, evidencian las concreciones legislativas en la materia. Desde hace décadas, y especialmente a partir de la feliz introducción de la categoría de los “derechos de incidencia colectiva” con la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha desarrollado progresivamente un *corpus* calificado de contenidos fundamentales para el estudio adecuado de la problemática de estos mecanismos de enjuiciamiento grupal.

Sin embargo, la *legislación* sigue manteniendo una *tendencia fragmentaria* en la materia, que se exhibe especialmente: i) al avanzar, sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de algunos de sus aspectos controvertidos (típicamente: la enunciación de los sujetos legitimados para accionar colectivamente o la previsión de algunas variantes de regulación de los alcances subjetivos de la cosa juzgada), descuidando otros temas relevantes (vg., la representatividad adecuada, la litispendencia, la interacción de las acciones colectivas e individuales, etc.); ii) al continuar sancionando normas relativas al trámite de este tipo de conflictos en cuerpos normativos aislados por materia (vg., leyes de defensa del consumidor o del medio ambiente; leyes de amparo, etc.), desconociendo la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela, cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas, como en gran medida ocurre con los procesos colectivos.

La versión original del Anteproyecto aquí examinado penetró en 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, preocupó a la Corte Suprema en el caso “Halabi” (2009)<sup>3</sup>.

Puede discutirse si la solución de los problemas que suscita esta forma de enjuiciamiento grupal vendrá de la mano de una reforma de la legislación fonal o si el verdadero camino deberá encontrarse en el dictado de una ley sobre procesos colectivos, muchas de las cuales actualmente poseen estado parlamentario en el Congreso de la Nación. Sin perjuicio de ese debate, lo cierto es que por el amplio rango de materias contempladas en la legislación civil, así como por la tendencia general de encontrar en dicho ordenamiento argumentos fundamentales para aplicar la analogía en la resolución de problemas no contemplados en leyes especiales, toda inclusión de institutos procesales de estas características en un cuerpo como el proyectado, debe merecer la más elevada atención.

## **II. LA NOCIÓN DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA DEFINICIÓN. QUID DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS.**

### **1) Importancia del tema**

El texto original del Anteproyecto introdujo diversas previsiones relativas a la problemática de los procesos colectivos, comenzando por la definición de su objeto específico de tutela: los “derechos de incidencia colectiva”.

Abordaremos en el párrafo siguiente la sistemática utilizada en la iniciativa de marras. Previo a ello, es necesario introducir algunas precisiones conceptuales acerca de la posición que sustentamos respecto de dicha noción, para explicitar el marco teórico desde el que afrontaremos críticamente la posición adoptada en el anteproyecto.

Nos anticipamos a señalar que la delimitación la noción “derechos de incidencia colectiva” no es una preocupación meramente ateneísta. 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 respecto del

---

<sup>3</sup> CSN., H.270, L.XLII, “Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873 Dto. 1563/04- s/ amparo”, sent. del 24-II-2009, “Fallos” 332:111.

modelo de enjuiciamiento grupal postulado en nuestro medio. Así, por ejemplo, una definición que sólo incluya dentro de dicho concepto a los derechos transindividuales de objeto indivisible (históricamente denominados “derechos difusos”), clausuraría la posibilidad de promover reclamos en defensa de derechos individuales homogéneos, anulando así un instrumento de tutela fundamental, tanto para remediar lesiones patrimoniales masivas y dispersas, como para defender derechos y libertades fundamentales susceptibles de fragmentación, pero titularizados por un grupo significativo de afectados imposibilitados de ser reunidos en un litisconsorcio.

Estamos entonces ante uno de los dilemas centrales de la problemática de los procesos colectivos, de cuyas resultas puede terminar definiéndose la suerte de este tipo de acciones como herramienta fundamental de participación ciudadana y de tutela *efectiva* de los derechos, sin la cual una importante cantidad de lesiones antijurídicas quedarían marginadas a la impunidad, los afectados colocados en estado de indefensión y, en determinados casos, el sistema de justicia condenado al colapso.

## **2) Los derechos de incidencia colectiva (los derechos individuales homogéneos como especie de aquéllos).**

El objeto de los procesos analizados es la tutela de los *derechos de incidencia colectiva*, que definimos como aquellos que pertenecen divisible o indivisiblemente a una pluralidad relevante de sujetos, desbordando, por sus especiales cualidades, los tradicionales mecanismos de enjuiciamiento grupal (vg., intervención de terceros, litisconsorcio)<sup>4</sup>.

El término “derechos de incidencia colectiva” que -como ya es sabido- fuera incorporado a la Constitución Nacional con la reforma de 1994, 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 (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 analógica<sup>5</sup> o mediante una más abarcativa interpretación *a fortiori*<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Hemos desarrollado estas ideas, entre otras publicaciones, en 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.

<sup>5</sup> 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 Usuarios 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).

<sup>6</sup> 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

Respecto a la segunda de las tendencias restrictivas del concepto (asimilación entre derechos de incidencia colectiva e intereses difusos), veremos a continuación que los últimos resultan ser sólo una especie de los primeros.

La definición ensayada anteriormente respecto de los derechos de incidencia colectiva adelanta el dato central que permite distinguir a sus distintas subcategorías, que es la nota de divisibilidad o indivisibilidad de los intereses en juego.

### *2.1) Derechos de objeto divisible o indivisible.*

Uno de los puntos centrales de la categorización postulada, siempre desde el prisma de la utilidad procesal de la distinción, es la noción de la divisibilidad del interés tutelado.

#### *a) Derechos difusos.*

En muchas oportunidades, los derechos de incidencia colectiva se presentan fundidos de modo tal que la satisfacción de uno de sus titulares no es posible sin la del resto. El caso se presenta con frecuencia, v.g., en materia de medio ambiente o de protección del patrimonio cultural o paisajístico, aunque obviamente no se agota en estos confines. Imaginemos el interés en la defensa de una especie animal o vegetal o, en general, en la preservación de la calidad de un recurso natural. Es lógico que la satisfacción del mismo vaya a repercutir necesariamente en todos y cada uno de los miembros de la comunidad en la que dichos elementos se desarrollan; del mismo modo que su desatención va a impactar irremediabilmente en el resto. Aquí es donde se evidencia la nota de la indivisibilidad<sup>7</sup>.

Veamos brevemente otros ejemplos. Pensemos en una acción inhibitoria destinada a evitar la demolición de una edificación que constituye un patrimonio arquitectónico de una ciudad. O la pretensión orientada a impedir la construcción de un adfesio que afecte gravemente un paisaje natural. La solución que se dé a cualquiera de estas situaciones no podrá ser distinta para unos que para otros. Podrá sí agrandar a unos (por ej., habitantes de la región) y no a otros (por ej., empresarios de la construcción), pero la decisión lógicamente no podrá diferir para cada uno de ellos. El edificio se construye o se derrumba y el paisaje se arruina o se preserva necesariamente para todos<sup>8</sup>.

---

*Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Ley, 2005, p. 124).*

<sup>7</sup> V. GIDI, A., *Class actions ...*, ob. cit., p. 352, explicando que la indivisibilidad “significa que resulta imposible dividir el derecho en cuotas atribuibles a cada uno de los miembros del grupo; los intereses de los miembros se encuentran tan cercanamente relacionados que, cuando la reparación es conferida a un miembro, ello implica satisfacción de los reclamos de cada miembro del grupo, y cuando los derechos de uno de los miembros son violados, ello implica violación de los derechos de todo el grupo”.

<sup>8</sup> Los ejemplos se multiplican. Para citar sólo algunos de los que la vasta casuística jurisprudencial nos ofrece, podemos mencionar: la acción tendiente a impedir la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del servicio telefónico (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala IV, sent. del 23-6-1998, “Youssefian, M. c. Secretaría de Comunicaciones”, *LL*, 1998-D-712; *ED*, 178-794); la orientada a condenar al Estado a mantener la elaboración de una vacuna (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., sala IV, sent. del 2-6-1998, “Viceconte, M. c. Ministerio de Salud y Acción Social”, *LL*, 1998-F-102); la destinada a remover una imagen religiosa del hall de ingreso al edificio principal de los tribunales nacionales, por resultar dicho emplazamiento -a juicio de la entidad accionante- discriminatorio de los profesionales y justiciables que no profesaran la religión católica (Cám. Nac. Cont. Adm. Federal, sala IV, sent. del 20-4-2004, “Asociación por los Derechos Civiles y otros c/ Estado Nacional-Poder Judicial de la Nación s/ amparo”); la dirigida -en defensa de los intereses de los usuarios del servicio- a reponer en sus cargos a los directores de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, frente a la intervención del Poder Ejecutivo a tal organismo (C.S.J.N., “Consumidores Libres c/ Estado Nac. s/ amparo”, *LL*, 1995-E-516); la orientada a obtener la condena de hacer contra el Estado (Poder Judicial de la Nación), consistente en la construcción de rampas para discapacitados en los accesos a sus edificios (v. Cám. Nac. Cont. Adm. Fed, sala V, “Labatón, Ester v/ Estado Nacional -Poder Judicial de la Nación”, sent. del 25-09-1996); la destinada a detener la construcción de un electroducto a raíz de que el respectivo tendido de alta tensión altera y lesiona el paisaje y demás bienes relacionados con el medio ambiente (v. Cám. Fed. Bahía Blanca, sala II, “Don Benjamín S.A. s/ amparo colectivo”, sent. del 24-2-1999 y “Breti, Miguel A. y otros v. ERNRE”, sent. del 17-03-1999, ambas con nota de MORELLO, A.M.,

En estos casos, frente a la imposibilidad práctica de constituir un litisconsorcio necesario entre todos los afectados, la prosecución colectiva del litigio se torna indispensable, razón por la cual a las pretensiones multisubjetivas caracterizadas por su indivisibilidad, se las denomina *ontológicamente* colectivas<sup>9</sup>.

*b) Derechos individuales homogéneos*

Distinto es el supuesto de intereses esencialmente *divisibles* que, en atención a su origen común y a determinadas características que veremos a continuación, tornan propicio un tratamiento concentrado, pero por razones de estricta conveniencia y no de necesidad lógica. Por dicho motivo se los llama *accidentalmente* colectivos<sup>10</sup>.

Integran esta especie todos aquellos supuestos en los que es posible la satisfacción de algunos de los miembros de la colectividad, sin el correlativo beneficio de los demás. Ha sido también utilizada la noción de “susceptibilidad de apropiación exclusiva”<sup>11</sup> para vislumbrar esta categoría, criterio que es equiparable en sus alcances con el que seguimos en este trabajo, basado en el concepto de divisibilidad.

El típico ejemplo es el de los daños y perjuicios ocasionados masivamente en razón de productos en mal estado, catástrofes, explosiones, etc. No existe inconveniente lógico en proceder a la reparación de sólo algunos de los miembros de la comunidad afectada, y así se lo

---

“La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca”, *JA*, 1999-III-249 y, del mismo autor, *La tutela de los intereses difusos en el Derecho argentino*, Platense, La Plata, 1999, pp. 77 y ss.). En todos estos casos puede advertirse que el objeto mismo de la pretensión impone que su resultado se extienda necesariamente a la comunidad afectada: la imagen de la Virgen no podrá ser colocada y removida cada vez que un católico o un no católico ingresen al edificio de tribunales, por lo que la decisión a tomarse reclama la colectividad de su tratamiento; lo mismo cabe decir respecto de la construcción de obras como las rampas para discapacitados o un electroducto; y así sucesivamente. En el caso de la producción de la vacuna, siendo que la pretensión se orientó a la continuidad de su producción y no al suministro de las dosis a uno o algunos afectados, la pretensión resulta igualmente indivisible (a diferencia de lo que ocurre con las pretensiones destinadas al suministro de medicamentos o a la cobertura de tratamientos contra determinadas enfermedades, v., por ej., la conocida causa “Asociación Benghalensis” de la Corte Suprema, citada *infra*).

<sup>9</sup> V. MOREIRA, J. C. Barbosa, “Ações coletivas na Constituição Federal de 1988”, en *RePro*, nro. 61, São Paulo, 1991, enseñando que: “desde un punto de vista objetivo, esos litigios a los que denomino esencialmente colectivos se distinguen porque su objeto es indivisible. No se trata de una yuxtaposición de litigios menores que se reúnen para formar uno mayor ... es imposible satisfacer el derecho o el interés de uno de los miembros de la colectividad y viceversa: no es posible rechazar la protección sin que ese rechazo afecte necesariamente a la comunidad como tal” (... *esses litígios a que eu chamei de essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objetivo é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior ... é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal*). En idéntico sentido, MOREIRA, J. C. Barbosa, “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, cit., pp. 195-196.

<sup>10</sup> Algunos autores nacionales han también denominado “pluriindividuales” a esta clase de derechos, distinguiéndolos de los “transindividuales” (terminología utilizada en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil con idéntico alcance, art. 81, ap. I y II), que serían aquellos que no resultan susceptibles de adjudicación en cuotas divisibles a sus titulares (v. LORENZETTI, R., “Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, *JA*, 2000-II, pp. 235 y ss.; la clasificación es seguida por AZAR, María J., “Los daños masivos en la jurisprudencia”, cit., p. 133).

<sup>11</sup> Por ejemplo, BUJOSA VADELL ha advertido también la distinción fundamental entre intereses ontológica o accidentalmente colectivos, siguiendo esta otra terminología. Dicho autor define al interés supraindividual como “aquél que se refiere a la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un *objeto no susceptible de apropiación exclusiva* o en relación con *diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos*”. Puede advertirse que se trata de una categorización parangonable con la explicamos en el texto. “Interés común”, según el referido doctrinario, sería el interés singular de cada uno de los miembros del grupo que es igual o muy similar al de los demás y que, además, puede ser satisfecho individualmente; mientras que el “interés colectivo” es de uno y de todos a la vez (BUJOSA VADELL, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, pp. 81 y 97; en el mismo sentido, del citado autor, “Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos”, *LL*, 1997-F-1157).

ha hecho desde siempre en el marco del tradicional litigio individual o litisconsorcial. Es posible que algunos de los afectados renuncien a su derecho expresa o tácitamente, que otros decidan enfrentar el litigio y que, una vez iniciado, ciertos accionantes consideren más adecuado arribar a un acuerdo transaccional, siendo así sólo el grupo residual el que termine siendo alcanzado por la sentencia fondal; entre tantas otras alternativas de disposición del objeto procesal que pueden ser imaginadas para demostrar la *ontológica escindibilidad* del destino de cada pretensión.

Pero las hipótesis no se limitan exclusivamente a los supuestos de *mass tort litigation*. Existe una variadísima gama de pretensiones en las que resulta materialmente viable la diferencia de trato entre los distintos sujetos de la clase. Por ejemplo: a) pretensiones de hacer -vg., remover personas indebidamente colocadas en un registro o prohibir la utilización de la información volcada en una base de datos más allá de los fines específicos para los que fue voluntariamente aportada (hábeas data<sup>12</sup>), otorgar a determinados sujetos los beneficios de las prestaciones médicas basadas en la seguridad social<sup>13</sup>, entregar alimentos o insumos educativos a niños de una región necesitada, construir viviendas, entregar medicamentos para enfermos de determinadas características<sup>14</sup>, etc.-; b) acciones de cesación de actividades indebidas -vg., interdicción de descuentos o rebajas salariales<sup>15</sup>-. Estamos así ante supuestos

---

<sup>12</sup> V. precedente “Unión de Usuarios y Consumidores c. Citybank NA”, citado en nota al pie n° 5.

<sup>13</sup> Cabe mencionar aquí la notable cantidad de causas iniciadas contra la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo al trámite de la acción de inconstitucionalidad que tramita ante la instancia originaria de la SCJBA (arts. 161, inc. 1, Const. de la Pcia. de Bs. As.; 683 y ss. CPCBA), en procura de la impugnación de la reglamentación de acceso a las prestaciones de la principal obra médico asistencial de dicha jurisdicción (IOMA). Se alegó exitosamente, en múltiples expedientes (vg., I. 2.022, sent. del 20-9-2000, “Barcena, Alicia Susana c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad art. 18, dec. 7881/84”; JA 2002-II-791, con nota de LOGAR, Ana C., “Acción originaria de inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires [Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de actos reglamentarios ¿*Inter partes* o *erga omnes*?]”), la existencia de discriminación contra los afiliados de sexo femenino, quienes -a diferencia de los masculinos- debían aportar un *plus* en su cuota mensual en caso de tener a cargo como beneficiarios a sus maridos. Al momento del dictado de la sentencia *in re* “Fernández, Viviana c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad art. 19 inc. b decreto n° 7881/84”, se encontraban tramitando ante los estrados de la Corte alrededor de 700 causas, todas ellas con idéntico objeto. Esta situación llevó al Tribunal a plantear oficiosamente la posibilidad de otorgar efectos extensivos a la decisión de dicha causa, para comprender a la totalidad de los afectados, propuesta que tuvo sólo una acogida parcial, ya que entre la posición más amplia (la del Dr. NEGRI, que postula los efectos *erga omnes*), y la más restringida (que siguió las nociones tradicionales en la materia -efectos exclusivamente *inter partes*-, voto de los Dres. DE LÁZZARI y SALAS), se alzó una variante ecléctica de la que participaron los Dres. PETTIGIANI, SORIA, RONCORONI, HITTERS y GENOUD. El criterio de la mayoría de la Corte fue declarar la inconstitucionalidad sólo para dicho caso e intimar al Poder Ejecutivo para que en un plazo perentorio modifique la reglamentación atacada.

Sin perjuicio de la anterior digresión y en lo relacionado con la divisibilidad del pedido, consideramos que estos casos versan sobre bienes ontológicamente divisibles (sin ser pretensiones indemnizatorias), ya que es posible la satisfacción de unos sin beneficio para el resto. Estos años de litigio repetitivo han demostrado, de hecho, la posibilidad de un tratamiento aislado de la controversia, pese a que razones de conveniencia hubieran sugerido la concentración de dichos planteos, evidentemente homogéneos.

<sup>14</sup> Hasta un caso de la magnitud y trascendencia general como “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo” (CSJN, Fallos, 323:1339, sent. del 01-06-2000) puede ser considerado un caso de tutela de intereses divisibles. Se trata de una acción destinada al suministro de reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del virus del HIV. Adviértase la diferencia con el caso Viceconte, citado *supra* en el que se buscaba condenar al Estado a *proseguir la fabricación* de una vacuna. Explicamos allí la nota de indivisibilidad que subyacía en dicha acción, distinta de la que ahora referimos, en la que se requiere el suministro de una droga a determinada calidad de enfermos. En este último caso, es materialmente viable la provisión del tratamiento a algunos y no a otros, lo que demuestra la divisibilidad del reclamo, aunque sea conveniente (y hasta casi indispensable desde la óptica del acceso a la Justicia y la eficiencia de la Jurisdicción) una solución concentrada.

<sup>15</sup> V. SCBA, B.62.938, “Quintana, Teodoro C. -UPCN- c/ Pcia. de Bs. As. s/ Amparo”, sent. del 5/12/2001, LL 2002-A-343, en el que el Máximo Tribunal provincial (integrado por conjueces), reconoció legitimación al Secretario General de un gremio para accionar por vía de amparo contra la normativa estadual (ley 12.727, del 12/7/2001; dec. n° 1970, del 23/7/2001) que, por razones de emergencia, había modificado el objeto y alcances de la remuneración de los trabajadores en la órbita pública (v. en el mismo sentido, SCBA, I. 2.312, sent. del 1-10-2003,

de protección de libertades fundamentales a través de acciones colectivas que tienen por objeto pretensiones divisibles; lo que permite alejar la falsa idea de que la defensa de derechos individuales homogéneos se reduce a los reclamos patrimoniales grupales frente a daños masivos.

Para que este tipo de prerrogativas merezcan un tratamiento concentrado, deba justificarse la presencia de determinados presupuestos que en el caso de las pretensiones colectivas de objeto indivisible son frecuentemente presumidas.

El primero de esos parámetros que debe analizarse cuando se pretende enjuiciar grupalmente un caso colectivo relativo a derechos individuales homogéneos, es el “*origen común*”.

No toda vulneración masiva de derechos divisibles es pasible de ser llevada a la justicia en forma colectiva, sino sólo aquellas que provienen de una fuente causal unívoca o que comparten los fundamentos jurídicos sustanciales y centrales que la hacen procedente.

Otros recaudos que determinan la conveniencia de tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos son el “*predominio*” de los aspectos comunes sobre los individuales y la “*utilidad*” o “*superioridad*” del enjuiciamiento colectivo del caso.

Es que la situación especial de cada sujeto puede ser causa de insuperables complicaciones procesales, aún cuando las lesiones masivas provengan de un origen común. Es por ello que además de dicho recaudo mínimo incorporado a la definición del interés individual, también la reglamentación del trámite destinado a la tutela de esta categoría de intereses debe prever mecanismos para lograr la concentración del debate de las cuestiones homogéneas, relegando para otra instancia los aspectos particulares.

Así, en los ordenamientos comparados destinados a la reglamentación de este tipo de acciones, se prevén tales límites, con la evidente finalidad de sanear los procesos grupales de situaciones en las que, pese a existir un origen común en la lesión, no se vislumbra una uniformidad sustancial que haga conveniente la prosecución colectiva<sup>16</sup>.

## 2.2) *Coexistencia de derechos difusos e individuales homogéneos en un caso colectivo.*

Es sabido que un mismo hecho puede menoscabar a la vez derechos de naturaleza divisible e indivisible. Por ejemplo, la destrucción de un edificio que es patrimonio arquitectónico de una región, comprometerá el interés indivisible de sus habitantes en mantenerlo en pie y el divisible de los comerciantes de la región en conservar los ingresos de fuente turística que origina la presencia del monumento. Igualmente las lesiones al medio ambiente –cuya recomposición es un reclamo típicamente indivisible- afectan también prerrogativas individuales escindibles (vg., daños a las propiedades por inundaciones o costos de tratamiento de las personas afectadas por emanaciones tóxicas, lechos de agua contaminados, etc.<sup>17</sup>).

---

“Asociación de Empleados de la Dirección de Rentas e Inmobiliaria c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad ley 12.727 y dec. 2023/01”).

<sup>16</sup> Por ejemplo, para acceder a la tramitación concentrada que implanta el Código Modelo Iberoamericano en esta clase de conflictos, se exige la observancia de dos recaudos específicos, establecidos en el art. 2°, Par. 1°: el *predominio* de las cuestiones comunes sobre las individuales y la *utilidad* de la tutela colectiva. Constituye –a nuestro juicio- un acierto la incorporación de estos dos requisitos en dicho cuerpo (claramente asimilables a los requisitos de “prevalencia” y “superioridad” que impone, en EEUU, la regla federal 23.b.3], para las *class actions for damages*).

<sup>17</sup> El difundido caso de la polución de la cuenca Matanza-Riachuelo en el límite entre la ciudad de Buenos Aires y la Provincia homónima, es un ejemplo típico en el que puede advertirse cómo un fenómeno de contaminación ambiental puede derivar en dos tipos de mecanismos de tutela. Por un lado, la pretensión colectiva de naturaleza indivisible (la recomposición ambiental y saneamiento del lecho y sus alrededores) y, por el otro, los reclamos resarcitorios de los afectados en su integridad psicofísica, en sus propiedades, etc.. V. en este sentido, el deslinde realizado por la Corte Nacional en la conocida causa “Mendoza” (CSN, causa M.1569.XL. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios [daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo]”, sent. de 20-06-2006; *Fallos*, t. 329; *LL* 2006-D-281, con nota de SABSAY, Daniel Alberto, “La

Documento para ser presentado en la audiencia pública de la “Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. La Plata 13 de Septiembre de 2012.

Los ejemplos se multiplican al infinito, llegando a presentarse casos en los que la distinción respecto de la divisibilidad del reclamo es sutil. Es que en muchas oportunidades lo único que permite distinguir la divisibilidad en cada caso es el modo en que la pretensión es articulada y su objeto es identificado, más que la causa por la que se reclama<sup>18</sup>.

*2.3) ‘Quid’ de la determinación o indeterminación de los afectados. Es innecesaria la nota de indeterminación como condición definitoria de los derechos de incidencia colectiva.*

Terminaremos la delimitación de las características que cualifican a los derechos de incidencia colectiva, aclarando que la nota de *determinación* o *indeterminación* de los miembros del grupo no tiene relevancia alguna para definir la admisibilidad del enjuiciamiento grupal de un caso.

Cuando existe una pluralidad significativa de afectados que imposibiliten o tornen gravemente dificultoso tramitar la causa a través de los mecanismos tradicionales de recepción de “voces múltiples” en un litigio (litisconsorcio, acumulación, intervención de terceros), no es concluyente que los damnificados sean fácil o difícilmente identificables, dado que en cualquier caso será admisible la prosecución colectiva de la acción. Lo importante es que el objeto del interés esté claramente definido, aunque sus titulares inicialmente no lo estén.

El rasgo de la facilidad de determinación de los integrantes del grupo podrá ser tenido en cuenta por algunos sistemas de enjuiciamiento plural para diversos efectos del trámite, como -por ejemplo- en el sistema de notificación a los interesados en las distintas etapas del proceso o en la modalidad de liquidación de la sentencia condenatoria (en el que la imposibilidad de individualizar a los miembros de la clase favorece la aplicación de técnicas de *fluid recovery*). De todos, modos, estas repercusiones de la nota de determinación o indeterminación, no afectan la definición de los derechos involucrados ni transforman a la indeterminación de los afectados en un recaudo de admisibilidad para tramitar el litigio en clave colectiva.

### **3) Los interrogantes que dejó “Halabi”.**

Suele encontrarse en el fallo “Halabi”<sup>19</sup> un argumento dirimente para considerar vigente en nuestro medio la posibilidad de litigar colectivamente toda clase de lesión grupal, sea ella difusa (indivisible) o individual homogénea (divisible y de origen común).

---

Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la cuenca Matanza Riachuelo”; v. asimismo anotación de GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El caso ‘Mendoza’: hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos colectivos”, en *LL Suplemento Constitucional*, agosto-2006, p. 31; *JA*, 2006-II-304, con nota de MORELLO, Augusto M., “Aperturas y contenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”).

<sup>18</sup> En el mismo sentido, MENDES, A. G. de Castro, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 212, para quien la imposibilidad de descomposición de intereses y derechos en partes singulares (que puede ser material o jurídica) “debe ser analizada bajo el prisma de los objetos inmediato y mediato del pedido formulado”.

<sup>19</sup> CSN, causa H.270, L.XLII, “Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873 Dto. 1563/04- s/ amparo”, sent. del 24-II-2009. El fallo ha sido ampliamente comentado por la doctrina. V. entre otros: SALGADO, José María, “Aristas del caso ‘Halabi’”, *DJ* 07/10/2009, 2809; DE LA RÚA, Fernando - SARAVIA FRÍAS, Bernardo, “Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal”, *LL* 2009-C-247; FALCÓN, Enrique M., “Algunas cuestiones sobre el proceso colectivo”, *LL* 2009-D, 1011; SOLA, Juan Vicente, “El caso Halabi y la creación de las ‘acciones colectivas’”, *LL* 2009-B, 154; SABSAY, Daniel Alberto, “El derecho a la intimidad y la ‘acción de clase’”, *LL* 2009-B, 401; GELLI, María Angélica, “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’”, *LL* 2009-B-565; GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D. - ROSALES CUELLO, Ramiro, “Nuevas consideraciones sobre el caso ‘Halabi’”, *LL* 2009-D, 424; LOZANO, Luis Francisco, “A propósito del fallo ‘Halabi’”, *LL* 2009-F, 777; BARRA, Rodolfo C., “Avanza la delimitación del amparo colectivo”, *ED*, 2009-420; BIANCHI, Alberto B., “Intervención estatal de las comunicaciones privadas y acciones colectivas en un fallo importante”, *ED*, 2009-429; SAGÜÉS, Néstor P., “La creación judicial del ‘amparo-acción de clase’ como proceso constitucional”, en *JA* del 22/4/2009, fasc. 4, pp. 25-33; MAURINO, Gustavo - SIGAL, Martín, “‘Halabi’: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, *id. ant.*, pp. 39-51; OTEIZA, Eduardo - VERBIC, Francisco, “La representatividad



En dicho conocido precedente, la Corte Suprema de la Nación destacó que la ausencia de previsiones específicas en materia de derechos individuales homogéneos constituye un caso de *mora legislativa*.

En uno de los principales pasajes del fallo en los que se afirma este diagnóstico, la Corte sostuvo: “*No hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos*” (C.S.J.N., causa “Halabi” cit., consid. 12°, 3° párrafo).

Dicha omisión parlamentaria fue enfrentada en el precedente aludido, acudiendo a la doctrina tradicional de ese Tribunal (“Fallos” 239:459; 241:291 y 315:1492) que postula la plena operatividad de las garantías constitucionales (como la prevista en el art. 43 2° parte de la Const. Nacional), hermenéutica que, hace décadas, dio nacimiento al amparo mismo. Nos referimos al conocido criterio según la cual “donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías”.

Sin embargo, aun reconociéndose que los derechos individuales homogéneos integran la categoría de los derechos de incidencia colectiva, quedan muchos problemas por resolver, como la posibilidad de reconocer legitimación a otros sujetos no contemplados en la Constitución, la regulación de la representatividad adecuada, las formas de notificación de los miembros ausentes de la clase, la litispendencia, la relación entre los procesos colectivos y las acciones individuales, los alcances de la sentencia, la posibilidad de condenas genéricas y ordenar modalidades de liquidación especiales (*fluid recovery*), etc.

De alguna manera, la Corte denunció dichos problemas y dio algunas pautas para que los tribunales encargados de tramitar una causa colectiva los remedien, en ejercicio de las potestades de saneamiento y dirección del proceso que, especialmente en este tipo de causas, le corresponde utilizar<sup>20</sup>.

En lo que interesa a este trabajo, de todos modos, hay un interrogante liminar que la causa “Halabi” no deja claramente respondido: ¿todos los casos de defensa grupal de derechos individuales homogéneos han sido considerados por la mayoría de la Corte como amparados en la legitimación extraordinaria prevista en el art. 43, 2° parte de la Constitución?

La respuesta parece ser negativa: no todos los derechos individuales homogéneos quedan explícitamente comprendidos en la interpretación sustentada por la Corte en el citado precedente. Dicho entendimiento surge especialmente de la lectura de los votos de la mayoría

---

adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo ‘Halabi’?”, *JA* 10-III-2010; SAFI, Leandro – VERBIC, Francisco – GIANNINI, Leandro, “Procesos colectivos y acciones de clase (a propósito del fallo de la CSJN *in re* ‘Halabi’”, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Año III, n° 3, junio 2009, pp. 55-60.

<sup>20</sup> Luego de argumentar de ese modo, la Corte -a título de *obiter dicta*- sentó algunas pautas que para juzgar la admisibilidad y administrar el trámite de futuras acciones colectivas, siguiendo primordialmente los lineamientos de las *class actions* norteamericanas (Regla Federal 23), cuyo planteo consideró “perfectamente aceptable” en nuestro ordenamiento. Dichos parámetros están destinados a resguardar el derecho de defensa en juicio de los miembros del grupo lesionado que no hayan tenido oportunidad efectiva de participar en el proceso, entre los cuales se enuncian: a) identificación del grupo afectado; b) representatividad adecuada del legitimado colectivo; c) adecuada notificación de los posibles interesados en el pleito; d) garantizar el ejercicio del derecho de optar por intervenir o autoexcluirse (*opt out*) del debate; e) implementar medidas de publicidad adecuadas para evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos

Documento para ser presentado en la audiencia pública de la “Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. La Plata 13 de Septiembre de 2012. (integrada por los Dres. Lorenzetti, Zaffaroni, Maqueda y –con una salvedad significativa- la Dra. Elena Highton de Nolasco).

En efecto, al fusionarse las posturas anteriormente sustentadas por los dos primeros jueces (Dres. Lorenzetti y Zaffaroni), con la posición del doctor Maqueda<sup>21</sup>, se terminó acotando los alcances de la protección colectiva de derechos individuales homogéneos, a las hipótesis en las que se constate que los reclamos individuales fueran prácticamente inviables. Así quedó establecido en el considerando 13° *in fine* del pronunciamiento referido, en el que se incluyó, dentro de los recaudos de admisibilidad de esta variante de enjuiciamiento grupal, la necesidad de que *el ejercicio individual de la acción “no aparezca plenamente justificado” o que, en su defecto, exista un fuerte interés estatal en la protección de los derechos en juego.*

Por su parte, uno de los votos que coadyuvaron a formar el criterio mayoritario de la Corte, el de la Dra. HIGHTON DE NOLASCO, al dejar a salvo la opinión que adoptara en la causa “Defensor del Pueblo de la Nación”<sup>22</sup>, termina excluyendo del ámbito de los procesos colectivos a los derechos individuales homogéneos “puramente patrimoniales”, que sólo podrían ser reclamados por el titular de la prerrogativa en cuestión, a título individual.

De acuerdo con dicho entendimiento, deberían distinguirse inicialmente dos variantes de derechos individuales homogéneos: los de índole extrapatrimonial (como, por ejemplo, los que subyacían en el caso “Halabi”, en las infracciones de objeto divisible denunciadas en la causa “Verbistky”<sup>23</sup>, en la causa “Asociación Benghalensis”<sup>24</sup>, etc.) y los de naturaleza patrimonial (vg., la pretensión de resarcimiento de los daños masivos sufridos por la contaminación de los recursos naturales, por una explosión o una tragedia en el transporte público, por la introducción de cláusulas abusivas o por conductas que hubieran infringido las previsiones protectorias de usuarios y consumidores, etc.).

Una vez formulada esa subdivisión (y siempre de conformidad con los lineamientos aplicados en el citado precedente), los primeros estarían incluidos lisa y llanamente en los limbos de la tutela colectiva. Los segundos (derecho individuales homogéneos patrimoniales), a su turno, deberían ser distinguidos en dos sub-categorías: a) aquellos en los que se presentan obstáculos materiales que, en la práctica, transforman en inviable el reclamo individual de los afectados (vg., ausencia de información veraz y adecuada, relación costo-beneficio desfavorable del accionar individual, etc.) o en los que la lesión recae sobre “grupos tradicionalmente postergados” (vg., usuarios, consumidores, vecinos afectados por la contaminación ambiental, poblaciones originarias, trabajadores, jubilados y pensionados, comunidades o grupos discriminados, etc.); y b) aquellos en los que no se

---

<sup>21</sup> Para un panorama de las distintas posturas que habían adoptado previamente dichos Ministros, claves para entender la “fusión” a la que nos referimos en el texto, v. GIANNINI, Leandro, “Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de “derechos de incidencia colectiva”, LL 2008-A-97). Distinguimos allí la tesis “amplia” de los Dres. LORENZETTI y ZAFFARONI, la “intermedia” del Dr. MAQUEDA y la “restrictiva” de las Dras. HIGHTON DE NOLASCO y ARGIBAY. En similar sentido, v. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos”, LL del 03-IX-2008, pp. 1 y ss., esp. ap. 13°.

<sup>22</sup> CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación - inc. dto. 1316/02 c/ E.N. - P.E.N.- dtos. 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986”, sent. del 26 de junio de 2007, “Fallos” 330:2800.

<sup>23</sup> CSN, “Fallos” 328:1146 [2005] en el que la Corte habilitó la vía del hábeas corpus colectivo por aplicación extensiva del art. 43 de la Const. Nac., para la defensa plural de los detenidos de la Provincia de Buenos Aires afectados por las condiciones carcelarias verificadas en dicha jurisdicción. Como hemos intentado demostrar en otra oportunidad (GIANNINI, L., *La tutela colectiva ...*, ob. cit., pp. 330 y ss.), algunos de los puntos reclamados en la demanda del CELS podían ser considerados divisibles o fraccionables entre los miembros de la comunidad carcelaria lesionada. Sin embargo, hallándose en juego una categoría especial de derechos fundamentales y un encuadre fáctico grave, la distinción entre intereses de objeto divisible e indivisible no fue materia de mayor preocupación para el Tribunal.

<sup>24</sup> CSN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo” (“Fallos” 323:1339 [2000]), acción iniciada para lograr el suministro gratuito de reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento del virus del HIV.

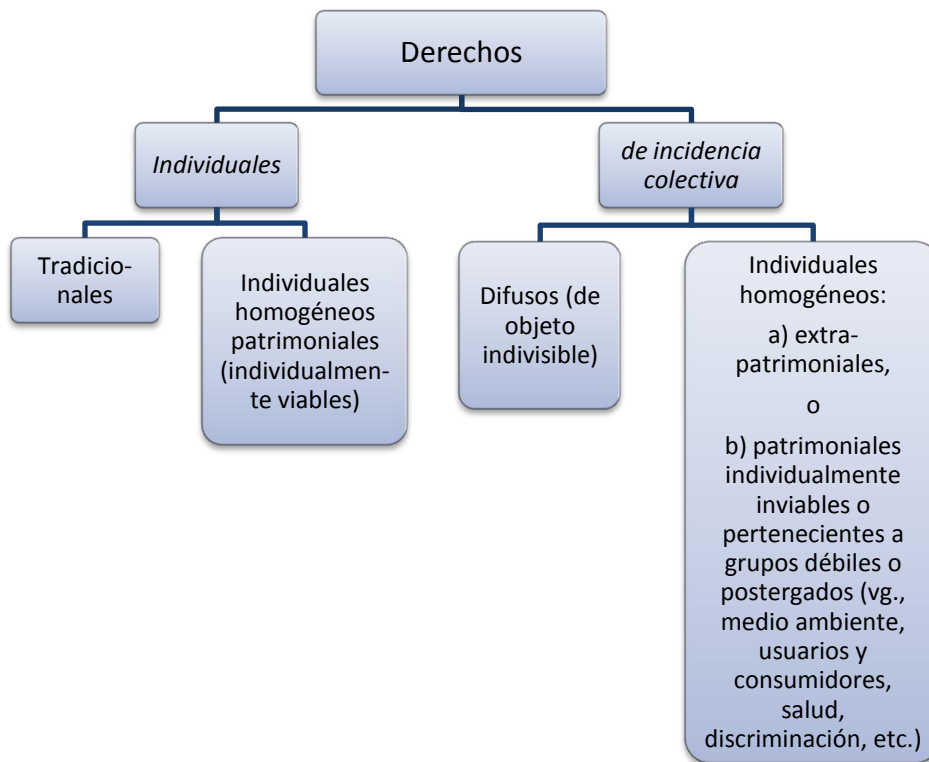
Documento para ser presentado en la audiencia pública de la "Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. La Plata 13 de Septiembre de 2012.

advierten dichos óbices materiales y, en consecuencia, sea razonable esperar que los titulares del derecho demanden por su parcela de afectación, a título particular (como sucediera típicamente con la insólita sobreexposición a la que se vieron sometidos los tribunales federales del país, a consecuencia de la retención y "pesificación" de los depósitos a plazo fijo y demás imposiciones bancarias, en virtud de la legislación de emergencia económica posterior a la crisis desatada a fines de 2001).

La opción que pareció adoptarse por la mayoría en el caso "Halabi", es la de entender que la primera de dichas sub-especies podrían ser enjuiciadas colectivamente, mientras que las segundas no. Y ello es así, porque en las últimas no se daría la condición establecida en el considerando 13º, *in fine*, del fallo *sub examine*, es decir, no se verificaría la inviabilidad del ejercicio individual de la acción o el fuerte interés estatal en la protección de los derechos en juego.

Puede expresarse gráficamente la tesitura seguida por la Corte en el caso "Halabi" acerca de la definición de los derechos de incidencia colectiva, del siguiente modo:

**Gráfico 1. Los Derechos de incidencia colectiva según "Halabi"**



No compartimos dicha visión.

A nuestro juicio, como fuera anticipado, los derechos individuales homogéneos deben ser incluidos en la categoría de los derechos de incidencia colectiva, sin importar que se trate de prerrogativas patrimoniales o extrapatrimoniales. Tampoco interesa, como condición definitoria de dicha noción constitucional, que la cuantía de la lesión individual o la existencia de otros obstáculos materiales al acceso a la justicia, impidan materialmente accionar a título individual.

En todas las hipótesis de derechos individuales homogéneos se presenta un tipo de lesión que incide de modo divisible sobre una pluralidad relevante de personas, tornando inviable o seriamente dificultosa la constitución entre todos ellos de un litisconsorcio o la acumulación subjetiva de las pretensiones correspondientes, para evitar sentencias contradictorias.

Documento para ser presentado en la audiencia pública de la “Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. La Plata 13 de Septiembre de 2012.

Es cierto que frente a reclamos que serían “individualmente inviables” o que fueran incoados por grupos “tradicionalmente postergados”, el desconocimiento de la legitimación colectiva genera un incentivo a la ilicitud masiva de pequeña escala individual y que, además, produce un estado de indefensión incompatible con la garantía del debido proceso. Es decir, que una interpretación que deje fuera del proceso colectivo a las hipótesis de daños masivos de escasa cuantía, provocaría una alteración constitucional no ya del art. 43 de la Ley Suprema, sino también del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 18 Const. Nac.; art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos).

Sin embargo, dicha lectura (que determina el “piso mínimo” por debajo del cual la interpretación del art. 43 de la Constitución se tornaría insostenible desde la perspectiva del debido proceso), no es óbice para sustentar una interpretación que amplíe el concepto de “derechos de incidencia colectiva” más allá de ese núcleo básico de significado.

La interpretación que sustentamos busca no sólo garantizar a los grupos débiles contra todo intento de afectar la efectividad de la protección judicial de sus derechos, sino también brindar una interpretación funcional de la noción de marras, que evite sobreexponer a la judicatura a una multiplicidad infinita de causas sobre cuestiones comunes, siempre sea más eficiente litigar concentradamente dichos puntos homogéneos, dejando los aspectos individuales de la contienda para ser dirimidos en la fase de liquidación.

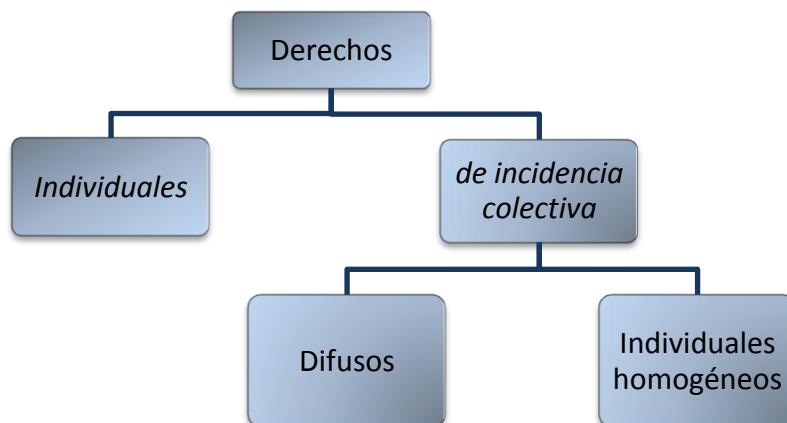
Es que no contemplar la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos puede tener dos consecuencias igualmente disfuncionales (la primera por *ineficiencia* en el esquema de enjuiciamiento, la segunda, por *ineficacia* del mismo como instrumento garantizador de los derechos sustanciales):

- O se produce un colapso en el sistema, por la multiplicidad de los reclamos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo-beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado);

- O se priva a los afectados de una tutela judicial real y efectiva, asegurándose la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas consumadas (con el consecuente estímulo que toda gratuita irresponsabilidad genera para el futuro), debido a las ya explicadas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en casos como el mencionado (ignorancia, soledad, dispersión, dificultosa coordinación de la masa afectada, deficitaria relación entre el costo y la utilidad de la acción singular, etc.).

Ello permite sostener una hermenéutica más generosa del art. 43 de la Constitución, que aquella sustentada incluso en la causa “Halabi”, posición que puede exteriorizarse gráficamente del siguiente modo:

**Gráfico 2. Los derechos de incidencia colectiva. Nuestra opinión.**



### III. EL TEXTO DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y SU REVISIÓN POR EL PODER EJECUTIVO

#### 1) El texto original del Anteproyecto.

La versión original del Anteproyecto comentado, incorporaba en el art. 14 una clasificación tripartita de derechos:

a) los derechos individuales;

b) los derechos individuales homogéneos, que son –en el sentido de la iniciativa– 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<sup>25</sup>;

c) los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. Respecto de estos últimos, el anteproyecto dispone que 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, es la *explícita incorporación de los derechos individuales homogéneos dentro del ámbito de protección de los procesos colectivos*, aunque sin englobarlos dentro de la categoría de “derechos de incidencia colectiva”. 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<sup>26</sup>. En ese sentido, la iniciativa es plenamente compartible, según lo venimos sosteniendo desde hace tiempo<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> En sintonía con la definición del art. 14 del Anteproyecto, el art. 1746 de dicho cuerpo (en su versión original) determinaba que existirían “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.

<sup>26</sup> A consecuencia de los interrogantes que –como vimos– dejó la Corte Suprema en el caso “Halabi”, algunos tribunales 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 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).

<sup>27</sup> 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 tesis 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; VERBIC, Francisco, *Procesos colectivos*, Astrea, 2007, pp. 32-37; 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”,

Documento para ser presentado en la audiencia pública de la “Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. La Plata 13 de Septiembre de 2012.

Otro aspecto favorable de la propuesta (dejada sin efecto por el Proyecto del Poder Ejecutivo), era la incorporación de los explicados estándares del *predominio* de las cuestiones comunes y *superioridad* del debate en clave colectiva. Se determina en tal sentido que: “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” (art. 1747, Anteproyecto cit.)<sup>28</sup>.

También merece ser destacada la incorporación de los parámetros tendientes a analizar el recaudo de la representatividad adecuada del legitimado colectivo, en el art. 1747 del Anteproyecto, otro de los problemas centrales del litigio de grupo, indebidamente descuidado hasta el momento por el legislador nacional<sup>29</sup>. También esta interesante parcela del texto original ha quedado desarticulada en el proyecto definitivo presentado ante el Congreso de la Nación, que suprimió toda referencia a dicho instituto fundamental de los procesos grupales.

En lo que hace a este trabajo (sistemática utilizada en la clasificación de los “derechos de incidencia colectiva”) hay un punto que merece algún reparo y que puede tener consecuencias relevantes a futuro, que debieran ser anticipadas y remediadas. Nos referimos a la utilización exclusiva de la voz “derechos de incidencia colectiva”, para referirse a aquellas prerrogativas de objeto *indivisible* y de uso común. No compartimos dicha exclusividad.

Según hemos explicado, los derechos individuales homogéneos también son derechos de incidencia colectiva, pese a que su objeto sea divisible. La indivisibilidad no es una nota definitoria de la aludida categoría constitucional, por lo que reservar tal denominación sólo para los derechos tradicionalmente llamados “difusos”, importa debilitar notablemente la noción de *marras*.

---

JA 2003-IV-53 (nota 1); UCÍN, 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)”.

<sup>28</sup> La fuente de esta previsión se encuentra en el proyecto elaborado por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, aprobado y hecho propio por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, en reunión del día 19 de septiembre de 2006. La redacción inicial del anteproyecto nos fue encargada, junto con el profesor de la misma casa de estudios Leandro K. SAFI, y debatido en el seno del citado Instituto, con intervención de destacados docentes de esa Casa de Estudios, entre ellos, Roberto O. BRIZONCE, Eduardo OTEIZA, Pablo GRILLO CIOCCHINI, Patricia BERMEJO, Paula BUFFARINI, Francisco VERBIC, Juan C. COPANI y Carlota UCÍN. Finalmente fue presentado y reimpulsado sucesivamente como proyecto de ley ante ambas cámaras del Congreso de la Nación.

El documento se encuentra publicado en *LL - Actualidad*, del 26-12-2006. Para un comentario del mismo, véase 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”, en *Revista de Proceso*, n° 157, Ed. Revista dos Tribunais, Brasil; GIANNINI, Leandro J., “Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma”, en *VVAA* (Coord.: Berizonce, Roberto O.), *Aportes para una justicia más transparente*, La Plata, Platense, 2009, pp. 105-169.

<sup>29</sup> Por desbordar el cometido específico de este trabajo, consiéntase la remisión a lo expresado en GIANNINI, Leandro J., “La representatividad adecuada en los procesos colectivos”, en *Procesos Colectivos* (Oteiza, E. -coord.-), Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 179-214; íd., “Legitimación en las acciones de clase”, *LL* 2006-E-916)

La observación -vale remarcarlo- no se agota en una opción terminológica, sino que tiene un impacto significativo en la definición del ámbito constitucional de tutela colectiva. Como fuera anticipado, la definición de aquello que corresponde considerar “derechos de incidencia colectiva” determina los alcances de la garantía constitucional de protección colectiva de derechos. Es decir, que una reglamentación restrictiva de dicha noción, contenida en una ley de la importancia del Código Civil y Comercial, podría generar la idea de que en nuestro ordenamiento sólo pueden remediarse grupalmente lesiones de alcances indivisibles, salvo que el legislador amplíe los alcances de ese “piso” supralegal, permitiendo -por ejemplo- la defensa de derechos individuales homogéneos.

La lógica de la que proponemos partir es inversa. Si se entiende, como ha sido postulado previamente, que la categoría constitucional de los “derechos de incidencia colectiva” incluye expresamente a las hipótesis de lesión pluri-individual divisible y de origen común (derechos individuales homogéneos), el legislador no podría sino reconocer que esa forma de enjuiciamiento está amparada por la legitimación extraordinaria contemplada en el art. 43, 2º parte, de la Const. Nac. Por lo que, respecto de los derechos individuales homogéneos, sólo correspondería al parlamento organizar el mecanismo de debate, reglamentando los interesantes matices que requieren dilucidación en este campo. Lo que no podría hacer es tomar la decisión liminar de no prever un sistema de enjuiciamiento grupal para este tipo de conflictos.

No es entonces un dato menor que, ni más ni menos que en el Código Civil y Comercial (que contiene buena parte de de las normas sustantivas que sirven de sustento fondal de las pretensiones de defensa de derechos individuales homogéneos), se adopte una visión restrictiva de la noción de derechos de incidencia colectiva.

En síntesis, la propuesta de ceñir la definición de “derechos de incidencia colectiva” a aquellas prerrogativas de objeto indivisible (derechos difusos) merece ser objetada, por más que la tesitura adoptada venga acompañada del reconocimiento de que algunas de las situaciones excluidas de dicha categoría (como serían -a juicio del proyectista- las lesiones a intereses individuales homogéneos), puedan ser enjuiciadas concentrada o grupalmente.

## **2) La versión corregida por el Poder Ejecutivo.**

Lógicamente, el problema subsiste si, como ha ocurrido sobrevinientemente en el anteproyecto de referencia, se decidiera directamente suprimir la categoría de los derechos individuales homogéneos del elenco del art. 14 y remover los arts. 1746 y siguientes del cuerpo *sub examine*, que se referían -como vimos- a importantes institutos concernientes a la tutela colectiva de derechos.

En lo que aquí interesa, la última versión del art. 14 está contenida en el Proyecto de Ley finalmente presentado por el Poder Ejecutivo ante el Senado de la Nación<sup>30</sup>, que reza:

“Art. 14. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:  
a) derechos individuales.  
b) derechos de incidencia colectiva”

Como puede advertirse, el Poder Ejecutivo ha simplificado el elenco desde dos puntos de vista: en primer lugar, removiendo la categoría de los derechos a los que el texto original denominaba “derechos individuales enjuiciables colectivamente” (o individuales homogéneos); en segundo término, suprimiendo cualquier parámetro que permita definir qué debe entenderse por “derechos de incidencia colectiva”.

---

<sup>30</sup> V. *supra*, nota al pie n° 2.

Documento para ser presentado en la audiencia pública de la “Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. La Plata 13 de Septiembre de 2012.

En cierto sentido, la modificación atenúa el problema referido en el apartado anterior. Es decir, que se remueve el criticable antecedente que dejaba la versión original en torno a los alcances de la noción constitucional de los “derechos de incidencia colectiva”.

Sin embargo, a partir de esta versión corregida de la iniciativa, subsiste la incertidumbre en torno a la inclusión o no de los derechos individuales homogéneos patrimoniales, dentro del género aludido, debate que –como vimos- ni el fallo “Halabi” parece haber terminado de dirimir.

En los fundamentos del mensaje de elevación del Proyecto, presentado el 6 de junio de 2012, el Poder Ejecutivo parece indicar que los derechos individuales homogéneos han quedado comprendidos entre las variantes de intereses tutelados en el nuevo código. Así se lo señala en el párrafo 41 de dicha exposición de motivos:

“En materia de responsabilidad civil, *el Proyecto resulta innovador al articular los diferentes tipos de derechos*: aquéllos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los *derechos individuales homogéneos* y los derechos de incidencia colectiva, con las funciones preventiva, punitiva y resarcitoria” (énfasis agregado).

Dos lecturas pueden darse a esta parcela de la fundamentación con la que el Poder Ejecutivo acompañó la iniciativa ante el Senado de la Nación:

- O el proyectista ha entendido que los derechos individuales homogéneos integran la categoría de los derechos de incidencia colectiva (única variante incluida –como vimos- en el art. 14 del Proyecto, en contraposición de los clásicos derechos civiles y comerciales individuales);

- O, se ha incurrido en un error en los fundamentos del mensaje de elevación, al mantener dicha referencia a la incorporación “innovadora” de los derechos individuales homogéneos, sin advertir que la categoría contenida en el art. 14, inc. b) del Anteproyecto original, ha sido removida en el proyecto ahora introducido ante el parlamento.

La primera lectura podría basarse en la conocida regla hermenéutica según la cual no cabe presumir la desidia del legislador (o, en este caso: del Poder Ejecutivo, promotor de la iniciativa). No se nos oculta que la extensión del citado postulado hermenéutico al ámbito de los proyectos de ley, merecería algún reparo. Sin embargo, debemos señalar que si ése ha sido el entendimiento del Poder Ejecutivo, coincidimos plenamente con la definición adoptada. Ello así, dado que, como fuera reiteradamente expresado en estas líneas, los derechos individuales homogéneos forman parte de la categoría de situaciones contempladas en el art. 43, 2º párrafo, de la Constitución Nacional. Por lo que cuando el art. 14 del Proyecto finalmente presentado se refiere a los “derechos de incidencia colectiva”, debe considerarse que incluye a las hipótesis de lesión plural, de origen común y de naturaleza divisible.

La segunda lectura posible (que se apoya en un posible defecto técnico del mensaje de elevación del proyecto), encuentra respaldo en la decisión del Poder Ejecutivo de remover los arts. 1746 y siguientes del Anteproyecto original de la Comisión (Lorenzetti – Highton de Nolasco – Kemelmajer de Carlucci). En dichos artículos, como vimos, la iniciativa prístina regulaba con buena técnica algunos aspectos de la acción de resarcimiento grupal de los daños a los derechos individuales homogéneos. Por lo que el intérprete podría válidamente preguntarse: ¿por qué el Poder Ejecutivo removería el art. 1746 del Anteproyecto original, si su intención era mantener la categoría de los derechos individuales homogéneos como objeto de tutela colectiva?

Otra razón que lleva a pensar que remoción de la categoría de los derechos individuales homogéneos fue intencional, surge de las palabras del Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en la reunión de la Comisión Bicameral de análisis del proyecto. Sostuvo allí el Dr. ALAK que la categoría de los derechos individuales homogéneos contemplada en el anteproyecto original fue removida para seguir la sistemática de la



Documento para ser presentado en la audiencia pública de la “Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. La Plata 13 de Septiembre de 2012. Constitución, que sólo se refiere a los “derechos individuales” y a los “derechos de incidencia colectiva”. Por otro lado, explicó que la remoción de las normas previstas en los arts. 1746 y 1747 de la propuesta inicial, se debió a la naturaleza procesal de las mismas, nota que imediría que sean sancionadas en el ordenamiento fondal aludido<sup>31</sup>:

“Yendo al primer tema, que está vinculado a los derechos y a las denominadas “acciones de clase”, las modificaciones introducidas están en el artículo 14, que establecía tres tipos de derechos: los derechos individuales; los derechos de incidencia colectiva, que están en la Constitución; y agregaba una tercer categoría, que eran los derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, es decir, los derechos individuales homogéneos, los que dan lugar a la acción de clase.

En ese sentido, el Ministerio propuso ir a la clasificación que establece la Constitución, que es la de dos derechos: los derechos individuales, que surgen del artículo 14 y siguientes; y los derechos de incidencia colectiva, que surgen también de la Constitución reformada en 1994, estableciendo además que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puedan afectar el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general. Aquí ésta modificación *lo único que hizo fue ir a la clasificación que establece la Constitución Nacional*.

Por otra parte, esta modificación también alteró el artículo 240, que establece los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. Y aquí sí entramos en el concepto de ‘acción de clase’. En ese sentido, se estableció una adecuación al artículo 14 de la Constitución Nacional y se consideró que *las acciones de clase son normas que no deben ir en el Código Civil, sino en códigos de procedimientos, porque son normas de procedimientos*. Y destaco que la mayoría de las reformas introducidas por el Poder Ejecutivo tienen como cuidado especial y esencial que no se introduzcan en el Código Civil cuestiones que afectan al federalismo. Es una constante en las modificaciones que hemos introducido la defensa del federalismo; la defensa de que las provincias regulen institutos que les corresponden y que no han sido delegadas por las provincias al Gobierno federal; la consideración de que las provincias son preexistentes a la Nación; y que el Congreso no puede legislar sobre temas que son propios a las provincias.

En este caso, además de establecer y considerar que las acciones de clase son esencialmente procesales y que afectan al federalismo si las incluimos en el Código Civil, también destacamos un mismo fallo de la Corte. En ese sentido, el fallo “Halabi” de la Corte determinó claramente que las acciones de clase son procesales, por lo tanto, corresponde adaptarlas, elaborarlas y producirlas a las jurisdicciones provinciales o eventualmente al Gobierno federal. En el caso de las jurisdicciones provinciales, como han hecho las provincias con el amparo, por ejemplo”.

Queda entonces cada vez más claro que la remoción de las previsiones originales del anteproyecto en torno a la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos, respondió a una decisión deliberada del Poder Ejecutivo, aunque se ha intentado aclarar que ello no responde a ningún disfavor gubernamental respecto de las “acciones de clase”<sup>32</sup>.

De todos modos, para evitar estas vacilaciones, haría bien el legislador en tomar cartas en el asunto. La mejor forma de hacerlo, a nuestro juicio, sería mantener el art. 14 del Proyecto del Poder Ejecutivo, aunque reinstalando los arts. 1746 y 1747 del texto original del Anteproyecto (removidos por el Poder Ejecutivo), que se refirieran a las condiciones de admisibilidad de la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos.

---

<sup>31</sup> La versión taquigráfica de dicha jornada puede encontrarse en el sitio oficial de la Comisión Bicameral: <http://ccycn.congreso.gov.ar/versiones/2012-21-08.html>

<sup>32</sup> Así lo señaló el Ministro de Justicia en la exposición citada previamente:

“Igualmente, destaco que *el Poder Ejecutivo no está en contra de las acciones de clase*; es más, en determinadas circunstancias ha promovido las acciones de clase y este Congreso las ha sancionado, como en el caso de los recursos naturales y de la protección del medio ambiente. Pero también el Poder Ejecutivo ha promovido acciones de clase, por ejemplo, cuando hubo que promover y mejorar el dispositivo procesal para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad contra el terrorismo de Estado. Allí se aceptó que se presenten en acciones de clases las entidades que luchan por la memoria, la verdad y la justicia en la Argentina. Pero la inclusión en este caso no fue en el Código Penal, sino que se incluyó en el Código Procesal Penal de la Nación.

Es decir, *no estamos en contra de las acciones de clase, sino que creemos que deben estar donde deben estar, que es por ley especial o fundamentalmente —en eso estamos convencidos— en leyes de procedimiento*, que corresponden a las provincias o en su caso a la Nación, pero solamente para el ámbito federal” (de la exposición del Dr. Julio ALAK, en la reunión de la Comisión Bicameral, del 21 de agosto de 2012, versión taquigráfica cit. en nota al pie anterior).

Ello importaría volver en buena medida a la técnica del anteproyecto inicial de la Comisión (v. supra, ap. III.1), aunque con una diferencia fundamental: tanto los derechos transindividuales de objeto indivisible (“difusos”), como los “derechos individuales homogéneos”, quedarían incluidos dentro del género de los “derechos de incidencia colectiva”.

#### IV. CONCLUSIONES.

Sintetizando lo expuesto precedentemente, podemos dejar señalados algunos puntos fundamentales a modo de conclusión:

1) Debe ser bienvenida toda iniciativa legislativa tendiente a hacer cesar el estado de mora legislativa que sufre nuestro país, respecto de la consagración de instrumentos procesales completos, coherentes y funcionales de protección colectiva de derechos.

2) En tal sentido, la definición legal de aquello que corresponde considerar “derechos de incidencia colectiva” cobra importancia fundamental. Siendo que tales prerrogativas constituyen el objeto central de este tipo de pretensiones, su definición termina delimitando en gran medida los alcances de la protección colectiva de derechos (o los confines de la garantía a la tutela judicial efectiva grupal).

3) Corresponde definir a los “derechos de incidencia colectiva” como aquellos que pertenecen divisible o indivisiblemente a una pluralidad relevante de sujetos, desbordando, por sus especiales cualidades, los tradicionales mecanismos de enjuiciamiento grupal (vg., intervención de terceros, litisconsorcio).

4) Deben considerarse incluidos en dicha categoría tanto los derechos transindividuales de objeto indivisible (derechos “difusos”, según la terminología frecuentemente utilizada en nuestro medio), como los pertenecientes divisiblemente a un grupo relevante de personas, provenientes de un origen común (derechos individuales homogéneos), siempre que se demuestre que el enjuiciamiento concentrado de este tipo de situaciones sea más efectiva y eficiente que la remisión a las vías tradicionales de acumulación subjetiva de pretensiones. A tales efectos, debe evaluarse especialmente el predominio de las cuestiones comunes por sobre las individuales y la superioridad del proceso colectivo frente a los mecanismos clásicos de protección judicial individual.

5) La determinación o indeterminación de los afectados no constituye una nota significativa para definir la presencia de derechos de incidencia colectiva.

6) El fallo de la CSN *in re* “Halabi” no cerró la discusión en torno a la definición de los derechos de incidencia colectiva. En particular, dejó en pie fuertes interrogantes respecto de la posibilidad de incluir dentro de dicha categoría a los derechos individuales homogéneos exclusivamente patrimoniales.

7) Una nota destacable de la versión original del Anteproyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina, elaborada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, es la explícita incorporación de los derechos individuales homogéneos dentro del ámbito de protección de los procesos colectivos. Sin embargo, la sistematización utilizada en el artículo 14 de dicho texto original, merece algún reparo, por no incluirse a los derechos individuales homogéneos dentro de la categoría de “derechos de incidencia colectiva”. Dicho reparo no se ve enervado por el hecho de reconocerse en la misma norma la posibilidad de enjuiciar colectivamente aquella clase de prerrogativas (individuales homogéneas), dado que –por fuera de dicha habilitación procesal– la sistemática utilizada sienta un precedente objetable de interpretación restrictiva de la noción establecida en el art. 43 de la Constitución Nacional.

8) La versión actual del Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo simplificó el elenco del art. 14, norma que se limita a distinguir entre derechos “individuales” y “de incidencia colectiva”. Dicha categorización evita el reparo señalado en el apartado anterior,

Documento para ser presentado en la audiencia pública de la "Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial. La Plata 13 de Septiembre de 2012. aunque deja sin resolver el debate acerca de si los derechos individuales homogéneos constituyen o no derechos de incidencia colectiva (o, al menos, si son enjuiciables colectivamente). Para despejar esa duda, correspondería que el legislador, manteniendo el texto del art. 14 del Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo, reincorpore los arts. 1746 y 1747 del Anteproyecto original de la Comisión integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci.

9) La regulación completa y sistemática de los procesos colectivos sigue siendo en nuestro país una cuenta pendiente, que el legislador deberá saldar prudentemente, aunque sin más dilaciones, valiéndose del importante *corpus* doctrinal elaborado sobre el tema en las últimas décadas y de la fecunda experiencia de nuestros tribunales, que día a día enfrentan los múltiples, atípicos y complejos problemas que suscitan estos litigios, sin una guía normativa adecuada.

*Leandro J. Giannini*