

# Diálogo multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica

Directores: **Marco Fandiño y Leonel González**

Autores: **Roberto Gargarella, Roberto Saba, Rosa María Olave, Silvina Ramírez y Francisco Verbic.**



Global Affairs  
Canada

Affaires mondiales  
Canada





# DIÁLOGO MULTIDISCIPLINARIO SOBRE LA NUEVA JUSTICIA CIVIL DE LATINOAMÉRICA

---



© 2017 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA  
Rodó 1950 Providencia  
Santiago, Chile  
Tel. +(562) 274-2933  
[www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org)

Equipo Editorial:  
Lorena Espinosa (Coordinadora de Edición)  
Juan José Martínez  
Consuelo Ghisolfo  
Ananías Reyes V.  
Geraldine Ugueto

Autores:  
© CEJA  
© Francisco Verbic  
© Rosa María Olave  
© Roberto Gargarella  
© Roberto Saba  
© Silvina Ramírez

Diálogo multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica  
Registro de Propiedad Intelectual: A-277181  
ISBN: 978-956-8491-42-0

Diseño Portada:  
Fanny Romero  
Eduardo Argañaraz

Impreso en los Talleres de Gráfica LOM

# CONTENIDO

Palabras del Director Ejecutivo de CEJA .....	9
---	---

## **HECHOS Y ARGUMENTOS EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN**

ROBERTO GARGARELLA .....	15
--------------------------	----

Introducción .....	15
--------------------	----

Parte I. Describiendo Procesos.....	17
-------------------------------------	----

i. Modelos (más) abiertos.....	17
--------------------------------	----

ii. Modelos (más) cerrados.....	22
---------------------------------	----

Parte II. Discutiendo Argumentos.....	32
---------------------------------------	----

i. Los argumentos para sostener una política restrictiva en materia de legitimación .....	32
--	----

ii. Los problemas de la posición dominante o restrictiva: una concepción inapropiada de la democracia y la división de poderes.....	34
---	----

iii. Poder Judicial, democracia y legitimación amplia .....	41
---	----

## **POTENCIALIDAD DE LOS SISTEMAS TRANSFORMATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS PROCESOS CIVILES REFORMADOS DE AMÉRICA LATINA**

ROSA MARÍA OLAVE .....	47
------------------------	----

Introducción .....	47
--------------------	----

I. Noción del conflicto desde un Modelo de transformación de conflictos y sus aportes a la solución de conflictos de carácter civil .....	49
---	----

II. Las diversas dimensiones del conflicto desde un enfoque transformativo de los conflictos civiles.....	56
--	----

III. Las dimensiones del conflicto y el empoderamiento de las partes, como agentes de cambio para una solución integral y sostenida del conflicto.....	59
--	----

IV. Compatibilidad del modelo transformativo con la vía jurisdiccional de resolución de conflictos .....	66
---	----

V. La opción transformativa antes del inicio del proceso jurisdiccional .....	69
--	----

VI. Mecanismos de resolución de conflictos desde un enfoque transformativo y los distintos roles del colaborador externo: El tercer lado .....	72
VII. Aporte y desafíos del enfoque transformativo en el ámbito del proceso civil.....	79

**INFLUENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL**

ROBERTO P. SABA .....	83
Introducción .....	84
I. Justificación de la justicia civil y parámetros para su reforma .....	87
II. El debido proceso y los derechos humanos en el proceso civil .....	92
III. Derechos posteriores al proceso judicial o derecho a apelar la sentencia (doble instancia) .....	107
IV. Reforma procesal civil y afectaciones colectivas y estructurales de derechos .....	110
V. Algunas propuestas para procesos de reforma a la justicia civil en América Latina desde la perspectiva de los estándares del derecho constitucional y del derecho Internacional de los derechos humanos .....	118

**LA JUSTICIA DE PAZ EN AMÉRICA LATINA: BASE DE UNA JUSTICIA DEMOCRÁTICA Y REPUBLICANA**

SILVINA RAMÍREZ .....	125
Introducción: ¿Qué es la justicia de paz?.....	125
I. Antecedentes. Estado del arte en América Latina.....	128
II. Debates sobre la justicia de paz .....	134
III. Fundamentos / justificación .....	141
IV. Estudio de casos.....	147
V. Distinciones entre algunos dispositivos de administración de justicia y la justicia de paz.....	192
VI. La justicia de paz y el cambio de la justicia civil.....	196
VII. Propuesta de un modelo de justicia de paz .....	200
VIII. Recomendaciones para la construcción de una justicia de paz democrática y republicana .....	205

---

**MANUAL DE INTRODUCCIÓN A LOS PROCESOS  
COLECTIVOS Y LAS ACCIONES DE CLASE**

FRANCISCO VERBIC .....	219
I. Los procesos colectivos .....	221
II. Panorama general de la regulación en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México .....	239
III. Finalidades y ventajas de los procesos colectivos .....	264
IV. Redimensionamiento del rol del Poder Judicial .....	285
V. Rol del juez en el proceso colectivo .....	290
VI. Litigación de acciones de clase .....	301
VII. Cosa juzgada colectiva .....	341
VIII. Efectividad de la tutela colectiva.....	347
IX. Balance y prospectiva.....	366





## **PALABRAS DEL DIRECTOR EJECUTIVO DE CEJA**

Durante los últimos 30 años nuestra región ha estado inmersa en un profundo proceso de reformas a nuestros tradicionales sistemas de justicia. Inicialmente se trató de reformas que tuvieron como objetivo consolidar los estados de derecho y las democracias latinoamericanas, a través de distintos cambios al sistema de justicia penal. Sin embargo, hasta hace unos pocos años, un proceso similar no se había experimentado en materia de justicia civil.

En efecto, fueron casi veinte años de inactividad desde que entraron en vigencia los primeros códigos procesales civiles, que intentaron dejar atrás los tradicionales procedimientos escritos heredados desde épocas de la Colonia. Aparte de Uruguay y Perú, que implementaron nuevos códigos en 1989 y en 1993, respectivamente, no existían otros países que hubiesen modificado sustancialmente sus procesos civiles.

No obstante lo anterior, podemos sostener que en los últimos años América Latina se ha ido adentrando en un incipiente y continuo proceso de reformas a la justicia civil.

Hasta entonces, los sistemas de justicia civil en América Latina se han caracterizado por presentar procesos judiciales escritos, poco flexibles, sin intermediación, y cuya metodología de trabajo es el expediente judicial. Los procesos han sido fundamentalmente secretos, y con una arraigada práctica de delegación de funciones jurisdiccionales. Todo lo anterior ha traído como consecuencia que los procedimientos civiles fuesen extremadamente lentos, poco transparentes, y que no respeten las garantías fundamentales del debido proceso.

Finalmente, dichas características han tenido como resultado una deslegitimación de los sistemas de justicia civil, pues los ciudadanos

no encontraban respuestas a sus demandas, o bien, tardaban años en lograr hacer valer sus derechos. A todo lo anterior se suma que los diseños tradicionales de justicia presentan grandes barreras culturales, físicas y económicas de acceso, lo que impide que las personas puedan tener un real y efectivo acceso a la justicia. Y, si a pesar de dichas barreras, se logra acceder a un juicio, al momento de hacer efectivo su derecho y cumplir la sentencia, existen nuevas barreras que impiden su cumplimiento y ejecución.

En este contexto, en el cual nos encontramos frente a recientes y/o próximas implementaciones de reformas a los sistemas de justicia civil, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas considera que es fundamental comprender que estos procesos de reforma son mucho más complejos que la realización de un efectivo cambio a nivel normativo. Como ya hemos aprendido de los procesos transformadores de la justicia penal, las reformas de los sistemas de justicia civil demandan debates que exceden con creces los límites técnicos, legales y doctrinarios de carácter tradicionalmente procesal. Las reformas de la Justicia Civil obligan a generar debates amplios e integrales –partiendo por identificar los conflictos que requieren solución, fuera de los incorporados al sistema judicial– con inclusión de nuevas perspectivas, nuevos mecanismos, nuevas ideas políticas y nuevos objetivos, como el efectivo acceso a la justicia y la cohesión social.

Teniendo presente dicho fin, desde CEJA queremos contribuir a la instalación y desarrollo de un debate efectivo, que tenga siempre presente las necesidades sociales y ciudadanas, cuyo fin sea el acceso a la justicia de todas aquellas personas que por diversas razones hoy no lo tienen, y que descansa sobre una perspectiva transversal de política pública.

Esta publicación resume un primer esfuerzo por contribuir a dicho debate. Se trata de la recopilación de diversos artículos y manuales que buscan ampliar la perspectiva e incluir nuevas y más voces al debate de la justicia civil.

Una primera parte recopila tres artículos que plantean diversas perspectivas desde las cuales se puede abordar la justicia civil. Por ejemplo, encontramos un artículo de Roberto Gargarella, quien nos explica cómo las reglas de legitimación activa o *standing* son el reflejo del activismo social que puede presentarse en tribunales, así como que mientras más abiertas son dichas reglas, mayor acceso a la justicia y participación ciudadana se puede esperar. Por otro lado, Rosa

María Olave nos invita a pensar en la potencialidad de los sistemas transformativos de resolución de conflictos en los procesos civiles reformados de América Latina. Por último, Roberto Saba nos plantea una visión del proceso civil latinoamericano desde la perspectiva del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La segunda parte de esta publicación está integrada de dos grandes estudios comparados en materias totalmente innovadoras en el ámbito de la justicia civil. Presentamos un estudio comparado sobre justicia de paz en América Latina; y un Manual de Procesos Colectivos o Acciones de Clase. Ambas son herramientas fundamentales e imprescindibles para lograr ampliar y efectivizar el acceso a la justicia de toda la población.

Creemos que la justicia civil debe ampliar su perspectiva e incluir nuevas miradas. Y los procesos de reforma de la justicia civil con mayor razón deben ser pensados y diseñados desde las necesidades y no desde las percepciones de los operadores. Solo así va a ser posible anticiparse o al menos evolucionar en paralelo con las necesidades de solución y justicia para una conflictividad que ha evolucionado mucho en las últimas décadas.

Necesitamos dejar atrás lógicas simplemente incrementales y “estéticas” en nuestras modificaciones a los sistemas de justicia civil, para pasar a cambios estructurales, prácticos, y “preventivos”, o al menos “curativos” de la conflictividad.

Esperamos que esta publicación sea un aporte al debate y a la gestación de iniciativas inclusivas, innovadoras y promovedoras del verdadero respeto y ejercicio de los derechos de las personas.

JAIME ARELLANO QUINTANA  
*Director Ejecutivo*  
*Centro de Estudios de Justicia de las Américas*



# ARTÍCULOS



# HECHOS Y ARGUMENTOS EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN

ROBERTO GARGARELLA

## INTRODUCCIÓN

¿Por qué es que países que no difieren sustantivamente en cuanto a su estructura político-jurídica –países similares en cuanto al esquema general con que organizan su derecho, las tradiciones políticas y jurídicas en las que están insertos, etc.– difieren en cambio en relación con el número, tipo y orientación de las demandas que llegan a los tribunales, y sobre todo en cuanto a las respuestas que tienden a ofrecer esos tribunales? ¿Por qué es que, por ejemplo, países como Colombia o Costa Rica cuentan, desde hace décadas, con tribunales superiores activos y comprometidos en la resolución de cuestiones sociales sensibles, mientras que en otros países de la región, como en la Argentina o Brasil, tales tribunales son más prudentes y menos sensibles en materia social, o en otros más, como en Chile, tienden a asumir una posición más distante y pasiva?<sup>1</sup>.

Las respuestas que podrían ofrecerse para dar cuenta de tales diferencias son variadas. Algunos podrían decir que tales variaciones se deben a la respectiva educación y formación de los jueces; otros podrían arriesgar que ellas se vinculan a la mayor o menor independencia política de los tribunales; otros más podrían señalar que ellas se relacionan con los niveles de movilización social existente en cada uno de esos países, etc. Sin negar el peso que podrían tener explicaciones como las anteriores, u otras similares, en lo que sigue me

---

<sup>1</sup> En lo sucesivo, voy a tomar estas consideraciones iniciales, sobre las diferencias existentes entre países como los señalados, como supuestos. He procurado examinar con más detalles tal tipo de cuestiones, en diversos estudios empíricos que he realizado en colaboración con varios colegas, y que aquí tomo como punto de partida de mi trabajo. Al respecto, ver por ejemplo GLOPPEN, S. *et al.*, *Courts and Power in Latin America and Africa*, Palgrave (2010); GLOPPEN, S. *et al.*, *Democratization and the Judiciary*, Routledge (2004); YAMIN, A., *Litigating Health Rights*, Harvard University Press (2011). Tales consideraciones, de todos modos, no implican suscribir acríticamente lo que hacen los tribunales más activos, o condenar las omisiones de los menos activos. La evaluación particular de tales casos requiere un trabajo por separado.

concentraré en cambio en el análisis de una posibilidad alternativa. La *variable independiente* que tomaré en consideración estará relacionada con las reglas vigentes en cada uno de los distintos países, en materia de legitimidad para accionar ante los tribunales –lo que denominaré las reglas de *standing*. Mi *hipótesis* es que existe una correlación directa entre las reglas más abiertas, flexibles o favorables para el acceso social al sistema de justicia, y un mayor activismo social de los tribunales;<sup>2</sup> lo que se verificaría a su vez con una relación inversa entre sistemas más cerrados o más restrictivos en materia de legitimidad, y tribunales menos sensibles y menos activos en materia social<sup>3</sup>.

La hipótesis que presento, según entiendo, no resulta contra-intuitiva, al menos a primera vista y tomando en cuenta los datos elementales que conocemos acerca de la vida jurídica de países como los citados; y por lo demás encuentra respaldo en ciertos criterios básicos de sentido común: es dable esperar, en efecto, que los tribunales se involucren más en cuestiones sociales cuanto más posibilidades tengan los sectores socialmente más desfavorecidos para acceder a ellos; como es dable esperar que adquieran una mayor sensibilidad frente a tales cuestiones en la medida en que sean forzados a considerar y mirar en los detalles situaciones de vulnerabilidad social, y se vean obligados a escuchar y responder las demandas de tales sectores vulnerables.

En todo caso, en lo que sigue, y por razones de espacio, solo tendré la posibilidad de introducir estos temas. En la primera parte, esencialmente descriptiva, presentaré una serie de experiencias propias del derecho comparado, que sugieren la plausibilidad de la hipótesis anunciada, esto es decir que en sistemas jurídicos más abiertos –sistemas que facilitan el acceso ciudadano a los tribunales– las Cortes tienden a resolver más casos vinculados con la situación de grupos desaventajados, como tienden a mostrarse más sensibles en materia de protección social (y viceversa). En la segunda parte, en cambio, me concentraré en el análisis crítico de la cuestión, y en particular de las tendencias que se han afirmado en países diversos (desde los Estados Unidos a Argentina), a favor de la adopción de posturas más

---

<sup>2</sup> En el trabajo, estaré pensando de modo especial, aunque de ningún modo exclusivo, en la (mayor o menor) apertura del derecho hacia nuevas formas de participación en el litigio, en la forma de procesos colectivos.

<sup>3</sup> Lo dicho no debe entenderse como implicando, sin embargo, que existe una correlación entre *activismo judicial* y *activismo social* de los tribunales. Los tribunales pueden ser activos, por ejemplo, en la restricción de derechos, o en las restricciones que establecen frente al accionar estatal (de algún modo, según veremos, es lo que ha tendido a ocurrir en los Estados Unidos durante los años de la “Corte Rehnquist”, y en cierta forma hasta la actualidad).



bien restrictivas en materia de *standing*. Según diré, los principales argumentos que se ofrecen para la implementación de estas posturas limitativas se basan en razones implausibles teóricamente, relacionadas con modos inadecuados de concebir a la democracia y a la división de poderes.

## PARTE I. DESCRIBIENDO PROCESOS

### **Legitimación y activismo judicial a favor de los más desaventajados. Breves referencias sobre los casos de la India, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos y Argentina.**

En lo que sigue, sentaré las primeras bases para un estudio comparativo en materia de *standing*. Distinguiré entre casos en donde se ha optado por modelos abiertos de acceso a la justicia y modelos en donde no. Tomaré como ejemplo de los primeros a los casos de Colombia y Costa Rica, y como ejemplo del segundo a Argentina. Complementaré los ejemplos latinoamericanos con otros dos –el de la India como modelo abierto, el de los Estados Unidos como modelo cerrado– simplemente para reforzar la idea de que la hipótesis tiene valor más allá de las peculiaridades regionales.

#### **i. Modelos (más) abiertos**

##### ***Colombia***

En Colombia, y desde la introducción de la nueva Constitución, en 1991, existe una Corte Constitucional que se ha distinguido por un inusitado activismo, particularmente en materia de derechos económicos y sociales. Sin lugar a dudas, una de las varias claves que ayudan a explicar el fenómeno colombiano tiene que ver con la extraordinaria amplitud que, en materia de legitimación, han consagrado la Constitución y la práctica judicial de estos años. Las formas de acceder a la Corte son variadas. Por un lado, la Convención Constituyente expandió el alcance de un instrumento ya existente, como lo era la *acción popular*. La acción popular, que puede servir para impugnar decretos, leyes, y aun el procedimiento de las reformas constitucionales, puede ser interpuesta por cualquier ciudadano, con muy pocas formalidades, sin la necesidad del respaldo de algún abogado, y sin la necesidad de demostrar la existencia de un interés

específico en la materia que origina el caso<sup>4</sup>. Por otro lado, y desde 1991 también, existen varios instrumentos nuevos, que permiten que la ciudadanía intervenga en el control de legalidad de los actos públicos. Entre tales instrumentos, se destacan la *acción de incumplimiento*, destinada a obligar a los oficiales públicos a cumplir con sus deberes en casos particulares; la *acción popular*, destinada a proteger intereses colectivos tales como los vinculados con los derechos ambientales; la *acción colectiva*, similar a la *class action* norteamericana y, la *acción popular*, la *acción de tutela*. La acción de tutela ha sido, sin dudas, la gran estrella en todo este proceso de reapropiación popular de la justicia constitucional. Otra vez, la tutela puede ser interpuesta por un ciudadano sin necesidad del respaldo de un abogado, ante cualquier juez, y a partir de bajos requisitos formales, frente a la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental (el catálogo de los cuales ha ido expandiéndose a partir de las intervenciones de la propia Corte Constitucional). Ante la presentación de una tutela, el juez del caso tiene un tiempo muy limitado para decidir –diez días– y resolver el caso. Cualquiera de tales decisiones puede ser revisada por la Corte, que selecciona cuáles de ellas examinar, a través de sus Salas de Revisión, y de acuerdo con la orientación que quiera darle a su jurisprudencia.

Las estadísticas existentes dejan poco lugar a dudas acerca de la notable explosión litigiosa desatada a partir de la aparición del nuevo contexto institucional. Solo para citar algunos ejemplos podría decirse que, del año 1992 al 2001, el número de decisiones en materia de tutela pasó de 8.060 a 133.272. Asimismo, el número de revisiones abstractas de constitucionalidad pasó de 53 en 1992 a 339 en el 2002, motorizadas sobre todo por el instrumento de la acción popular<sup>5</sup>.

### **Costa Rica**

En 1989, y luego de una reforma constitucional, la Corte Suprema fue ampliada, recibiendo el agregado de una nueva sala, la sala constitucional, de siete miembros, conocida como Sala IV. Nuevamente, el acceso al tribunal resultó de una enorme sencillez por lo que, en poco tiempo, una Corte que durante toda su existencia se había mostrado poco incisiva y relativamente insignificante en cuanto al peso de sus

---

<sup>4</sup> CEPEDA, M., *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court*, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, Special Issue (2004), p. 555.

<sup>5</sup> *Ibid.* 559.

sentencias, pasó a convertirse en una frecuentada masivamente por la población, y muy en particular por los sectores más desvalidos de la misma. El principal instrumento para acceder al tribunal lo constituye el recurso de amparo (art. 48 de la Constitución), que permite que se recurra directamente a la Sala IV para impugnar cualquier norma (ley, decreto, etc.) contraria a la Constitución. Lo que es más importante, para llegar al tribunal, los individuos no necesitan de patrocinio letrado, ni requieren pagar tasa alguna. Ellos pueden presentar sus demandas cualquier día del año, a cualquier hora del día, en cualquier lengua, y de cualquier modo<sup>6</sup>. La consecuencia inmediata de tales facilidades resultó obvia: un crecimiento extraordinario en el número de causas que llegaron al tribunal, que pasaron de 2.296 en su primer año completo de funcionamiento, a 13.400 causas en el 2003<sup>7</sup>.

### **India**

La Parte III de la Constitución de la India –que va desde los artículos 12 al 32 inclusive– establece la declaración de los derechos fundamentales del país. Tales derechos incluyen, entre otros, la igual protección de las leyes (art. 14), las libertades clásicas de expresión, asociación, asamblea (art. 19), y los derechos a la vida y la libertad (art. 21). El último artículo de la declaración (el N° 32) sostiene que los individuos tienen el derecho de recurrir a la Corte para remediar la violación de derechos como los anteriormente mencionados, y define una serie de remedios aptos para dicha misión. La Parte IV de la Constitución, mientras tanto, establece los “Principios Directivos” de la misma, que incluyen el deber del Estado de reducir las desigualdades existentes (art. 38), o el de asegurar que los recursos de la sociedad sean distribuidos de modo tal de servir al bien común. De todos modos, la Constitución determina explícitamente que esta sec-

<sup>6</sup> WILSON, B. y RODRÍGUEZ CORDERO, J. C., *Legal Opportunity Structures and Social Movements. The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics*, *Comparative Political Studies*, vol. XX, n. X, (2006), p. 8.

<sup>7</sup> WILSON, B., *Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court*, en SIEDER, R. et al., *The Judicialization of Politics XXX*, (2005).

<sup>8</sup> Una situación similar puede encontrarse en el caso de Hungría. De acuerdo con Andras Sajó, “cualquier ciudadano húngaro puede dirigirse a la Corte si él o ella cree que alguna regla jurídica, decreto o Acto del Parlamento es inconstitucional. En tal sentido, no hay regla de *locus standing* que se aplique” (ver SAJÓ, A., *Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary*, *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995), p. 255). Más aún, los ciudadanos pueden quejarse de las acciones de los funcionarios públicos sobre la base de que la persona en cuestión tomó una decisión a partir de una norma inconstitucional. Los tribunales tienen el poder de anular la ley en cuestión, declarar a la misma inválida, retroactivamente, y decidir aún a pesar de la ausencia de un caso o controversia (*ibid.*).

ción de la misma no es *enforceable* o directamente aplicable por los tribunales.

Dentro de este marco, las primeras reacciones de los tribunales, en materia de legitimación, resultaron inexorablemente restrictivas. En casos como *Charanjit Lal v. Union of India*<sup>9</sup> de 1951, o *G C Colege Silchar v. Gauhati University*<sup>10</sup> ya en 1973, se determinó que aquellos individuos que no sufrieran una violación directa en sus derechos no podían desafiar la constitucionalidad de una norma.

Desde comienzos de los 80, sin embargo, dicha situación comenzó a cambiar de modo dramático, sobre todo a partir de la acción de jueces como Bhagwati J., y casos como *Gupta v. Union of India*<sup>11</sup> y *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*<sup>12</sup>. Bajo la dirección del citado juez, la Corte sostuvo en el primero de los casos mencionados que la Constitución debía ser leída como una unidad, y en tal sentido hizo un esfuerzo interpretativo destinado a vincular las Partes III y IV de la misma. En relación con la Parte III, la Corte se apoyó muy especialmente en el artículo 21, que fue entendido como protegiendo la dignidad humana y la posibilidad de vivir libre de todo tipo de explotación. Dicho artículo, por otra parte, fue examinado a la luz de los Principios Directivos de la Parte III, como definiendo los “requisitos mínimos que deben existir con el fin de permitir que una persona viva con dignidad humana, en donde ningún Estado –ni el Estado Central ni los Gobiernos Locales– tiene el derecho de tomar acción alguna capaz de privar a una persona del disfrute de esos básicos esenciales”<sup>13</sup>. En definitiva, la Corte leyó la Parte III de la Constitución como fijando ciertos básicos derechos económicos y sociales, y lo hizo tomando como eje central al art. 21. La Parte IV de la Constitución fue tomada en cuenta decisivamente para definir el alcance, peso y significado preciso de la Parte III.

La vinculación entre ambas partes de la Constitución estuvo dada a través de una lectura muy expansiva del art. 32 que implicaría, entonces, criterios amplísimos en materia de legitimación. Según la Corte, en efecto, el artículo citado no debía ser interpretado de un modo formalista, sino conforme al *propósito* del mismo: en un país como

---

<sup>9</sup> AIR 1951 SC 41.

<sup>10</sup> AIR 1973 SC 761.

<sup>11</sup> AIR 1982 SC 149.

<sup>12</sup> AIR 1984 SC 802.

<sup>13</sup> Así, en *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*, 812.

India, marcado por problemas de “pobreza, analfabetismo, privaciones y explotación”, una lectura restrictiva del art. 32 iba a implicar que los derechos fundamentales de millones de personas resultarían violentados, y el art. 32 iba a convertirse en una “cuerda de arena” para la gran mayoría<sup>14</sup> (Craig y Deshpande, 1989, 363-4). La conclusión a la que entonces llegaría la Corte fue que “Cuando se comete una falta o agravio jurídico contra una persona o clase de personas determinada... y tal persona o clase determinada de persona es, por razón de su pobreza, desesperación, inhabilidad, o su posición socialmente desaventajada, incapaz de acercarse a los tribunales en busca de alivio, cualquier miembro del público puede sostener una aplicación para encontrar una solución apropiada”<sup>15</sup>. Así, podría decirse, en la actualidad no existe obstáculo alguno al litigio en nombre del interés público<sup>16-17</sup>.

La extraordinaria liberalización de los requisitos de *standing*, –que había sido reconocido como el principal obstáculo para el acceso de los pobres a los tribunales–<sup>18</sup> quedaron simbolizados con la llamada jurisdicción *epistolar*, es decir, aquella que resulta –meramente– de escribir una carta a la Corte Suprema, en nombre de una clase de personas desaventajadas<sup>19</sup>. Así se dio lugar a la llamada *Public Interest Litigation (PIL)*, o sea procesos jurídicos orientados a

<sup>14</sup> CRAIG, P. y DESHPANDE, S., *Rights, Autonomy and Process: Public Interest Litigation in India*, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, Nº 3 (1989), pp. 363-4.

<sup>15</sup> *Gupta v. Union of India* 365, 520.

<sup>16</sup> CASSELS, J., *Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?*, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, Nº 3 (1989), p. 499.

<sup>17</sup> Como sostuviera el juez Bhagwati, “en India estamos tratando de salir del formalismo, de modo tal de usar el activismo judicial como forma para alcanzar la justicia distributiva. Permítanme decir claramente que el objetivo por el cual estamos usando el activismo judicial es la realización de la justicia social... Esto no es otra cosa que otra forma de constitucionalismo, preocupada por la sustantivación de la justicia social. Yo llamaría a esto “activismo social” –activismo dirigido al logro de la justicia social (ver BHAGWATI, P., *Judicial Activism and Public Interest Litigation*, *Columbia Journal of Transnational Law* 23, (1985) p. 566).

<sup>18</sup> El juez Bhagwati sostuvo, en este sentido, que “la Suprema Corte de India encontró que el principal obstáculo que privaba a los pobres y a los desaventajados de un efectivo acceso a la justicia eran las reglas tradicionales sobre legitimación, que insistían en que solo una persona que había sufrido un agravio legal específico en razón de una violación actual o una amenaza de violación sobre sus derechos o intereses jurídicamente protegidos puede iniciar una acción para una reparación judicial” BHAGWATI, P., *Judicial Activism...*, *op. cit.*

<sup>19</sup> En uno de los primeros casos en este respecto, *Sunil Batra v. Delhi Administration* (AIR 1978 S.C. 1675), la Corte respondió a una carta escrita por un preso al juez Krishna Iyer de la Corte Suprema, en la que el interno hacía referencia a la pésima situación vital al interior de la cárcel.

incrementar la participación ciudadana y, sobre todo, la intervención de los sectores más desaventajados de la sociedad, en el control de constitucionalidad y de las acciones u omisiones del gobierno (Sathe, 2001, 72)<sup>20</sup>. Según sostuvo el juez Bhagwati en *P.U.D.R. v. India*, “queremos señalar con todo el énfasis que podemos que el litigio de interés público... que tiene por objeto poner la justicia al alcance de las masas... es totalmente diferente de la forma de litigio tradicional, de carácter contencioso, y en donde se enfrentan dos partes litigantes... El litigio de interés público... no tiene por objeto asegurar los derechos de un individuo contra los de otro... sino que procura promover y reivindicar el interés público que exige que las violaciones de los derechos legales o constitucionales de un número amplio de personas pobres, ignorantes o en situación social o económicamente desaventajada no queden en la ignorancia o desatendidas”<sup>21</sup>. Las “puertas de la Corte” debían resultar, entonces “ampliamente abiertas a los pobres y desarraigados”<sup>22</sup>.

## ii. Modelos (más) cerrados

### Argentina

En Argentina, las reglas de acceso a la justicia fueron tradicionalmente cerradas, en consonancia con los antecedentes más conservadores del modelo norteamericano, que enseguida analizaremos. La cuestión de la legitimidad se reconoció tradicionalmente asentada en el art. 116 de la Constitución nacional (vinculado con el art. III sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos). A partir de dicho artículo

<sup>20</sup> La Corte encontró que no era suficiente, para el logro de sus objetivos, contar con reglas amplias sobre legitimación o con la jurisdicción epistolar. Por ello, creó toda una serie de nuevos mecanismos destinados a reunir la información exigida por cada caso. Para el principal tribunal, resultaba “irrealista esperar que los demandantes más desaventajados, o los activistas que trabajan con ellos, pudieran asegurar toda la evidencia necesaria para que los tribunales decidieran en cada caso” (ver HUNT, P., *Reclaiming Social Rights*, Sydney: Darmouth, 1996., pp. 165-6). De allí que, por ejemplo, decidieran crear oficinas especiales al efecto, tanto como “comisiones de investigación socio-legales” destinadas a colaborar con el tribunal en la implementación de sus decisiones. Así, en *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India*, la Corte creó una comisión compuesta por miembros de la sociedad civil, destinada a ayudarla en la implementación de las medidas que ella ordenara. Y en *Sheela Barse v. Union of India*, el tribunal organizó un comité destinado a asegurar la aplicación de sus decisiones en material de prisiones (SCOTT, C. y MACKLEM, P., *Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution*, 1 *University of Pennsylvania Law Review* 141, 1992).

<sup>21</sup> AIR 1982 S.C. pp. 1.473 y 1.476.

<sup>22</sup> *Ibid*, p. 1.478.

(y la correlativa ley 27, de organización del Poder Judicial), se determinó que el Poder Judicial se encuentra facultado para intervenir en la resolución de un conflicto, cuando se presente ante este un “caso” o “controversia”<sup>23</sup>. Esto implica decir, por ejemplo –y conforme lo ha entendido la jurisprudencia nacional– que la Constitución no habilita, por caso, que los tribunales invaliden una norma de manera directa y general, por considerar que contradice al texto constitucional.

A la vez, la idea de que existe una controversia entre partes ha llevado al desarrollo de farragosas y algo estériles discusiones en torno a quién puede ser considerado “parte” en un “caso” (ello, en particular, si uno tiene en cuenta los debates que se han sucedido en áreas tales como la del derecho administrativo, en torno a categorías como las de “derecho subjetivo”, “interés legítimo” e “interés simple”<sup>24</sup>). En principio, y otra vez conforme a la jurisprudencia dominante en la materia, se ha entendido que “parte” es aquella persona que es capaz de demostrar “la existencia de un interés especial, directo o sustancial”, en razón de agravios que ha sufrido, de modo concreto e inmediato. Ha sido este punto, en particular –la definición restrictiva de la categoría “parte”– el que ha servido tradicionalmente como “llave” para restringir el acceso a los tribunales y, así también, y de modo relevante en el país, para bloquear la apertura a la consideración de formas colectivas de litigio.

De todos modos, el panorama comenzó a variar en 1994, a partir de la reforma constitucional de ese año, y sobre todo a través de la incorporación del nuevo artículo 43, que dispuso que:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y

<sup>23</sup> Art. 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

<sup>24</sup> Ver al respecto, por ejemplo, GOZAINI, O., *Introducción al nuevo derecho procesal*, Ediar: Buenos Aires (1988), p. 171.

garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Dicho artículo fue acompañado por otros –el 41, o el 75 incisos 17 y 22– que en conjunto vinieron a regular los derechos de incidencia colectiva en el país de un modo renovado, y en parte desafiante en relación con el estado de situación anterior a la reforma<sup>25</sup>. Este nuevo instrumental ha sido evaluado numerosas veces por los tribunales, que todavía hoy siguen mostrando ciertas diferencias en torno a cómo posicionarse en la materia, y qué alcances efectivos reconocerles a los dictados constitucionales. Conforme veremos, y a pesar de algunos casos promisorios, los tribunales siguen todavía girando en círculos, como si no se decidieran a tomar en serio las invitaciones y sugerencias que realiza la nueva Constitución en el área.

En verdad, estas controversias sobre las implicaciones efectivas de la Constitución, en cuanto a la representación colectiva, habían comenzado incluso un poco antes de la reforma, a partir del caso *Ekmedjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo, y otros* (CSJN 7/7/92, LL,

---

<sup>25</sup> Un análisis importante en la materia en MAURINO, G. *et al.*, *Las acciones colectivas*, LexisNexis: Buenos Aires (2005).



1992-C-543), y en base a la creciente internacionalización del derecho nacional, a partir del peso ganado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En dicha oportunidad, la Corte Suprema reconoció en el demandante –que se presentaba como damnificado frente a expresiones supuestamente ofensivas en materia religiosa, realizadas en un programa de la televisión abierta– el carácter de afectado, y su calidad de representante de un grupo vulnerado, otorgando efectos *erga omnes* a su decisión.

Más recientemente, la (renovada) justicia argentina se pronunció en la materia en una diversidad de casos. Entre ellos, destacan ejemplos como el fallo de Cámara sustanciado en *Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud y Acción Social*, en el que se ordenó al Estado argentino a que produjera una vacuna contra la fiebre hemorrágica que amenazaba a millones de habitantes del país; o el producido por la Corte Argentina en *Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado nacional s/ daños y perjuicios* (CSJN 20/6/06, LL, 2006-F-355), a partir de la contaminación del Riachuelo –contaminación que afectaba potencialmente a más de un millón de personas<sup>26</sup>. En esta oportunidad –y aun cuando el tribunal no avanzó en un análisis detallado sobre la cuestión de la legitimación– reconoció la validez del recurso presentado por un grupo de vecinos de la Cuenca más afectada, y organizó una serie de Audiencias Públicas (en las que se convocaron a representantes del Estado, de los ciudadanos afectados, y de las empresas contaminantes) con el objeto de llegar a acuerdos a los fines de atender el problema de la contaminación, e impulsar la limpieza de las aguas afectadas.

Aunque la Corte Argentina no dio precisiones sobre cómo entendía la cuestión de la legitimación en casos tan importantes como *Mendoza* –en donde tuvo la oportunidad y el deber de hacerlo– sí avanzó en los detalles de la cuestión en el auspicioso caso *Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional* (CSJN, 24/2/09, Fallos 332: 111), y luego también en *PADEC c/ Swiss Medical* (CSJN, 8/21/13, Fallos 361: 43)<sup>27</sup>. La Corte habilitó entonces las demandas colectivas, en la me-

<sup>26</sup> Otros casos relevantes fueron *Asociación Benghalensis* (CSJN 1/6/2000, Fallos 323:1339) o *Verbitsky* (del 3/5/2005).

<sup>27</sup> Sosteniendo una política más abierta en la materia ver, por ejemplo, MORELLO, A., *La legitimación de obrar como mecanismo facilitador, en Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos*, *Jurisprudencia Argentina*, II-718 (1990); MORELLO, A. *Dificultades de la prueba en procesos complejos*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni (2004). Discutiendo la cuestión, también, PALACIO, L., *El Recurso Extraordinario Federal* (actualizado por A. Garay), Buenos Aires: Abeledo-Perrot (2010).

didada en que hubiera i) un número relevante de individuos afectados; ii) una causa fáctica homogénea, que lesiona derechos individuales; y iii) la posibilidad de demostrar de manera común los presupuestos de la pretensión, salvo en lo que hace al daño individual sufrido por los miembros del grupo<sup>28</sup>. Al tiempo, el máximo tribunal sostuvo que la tutela colectiva de los derechos procedía cuando, a pesar de tratarse de derechos individuales, existía “un fuerte interés estatal en su protección, sea por la trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”.

Notablemente, en *Halabi*, la Corte estableció pautas que debieran guiar al Congreso en el dictado de una ley que regule las acciones de clase, y exhortó al mismo para que proceda a dictarla. Sin embargo, las reglamentaciones legales se hicieron esperar, y los tribunales nacionales y provinciales tendieron a enredarse en argumentos sin salida que les facilitaron la permanencia en una situación cercana a la inmovilidad del viejo *status quo*. *Halabi* fue interpretado, de modo habitual, como reconociendo la constitucionalidad de las acciones de clase, pero sin crearlas ni promoverlas, ni como comprometiéndose con ellas<sup>29</sup>. Más aún, y a pesar de la exhortación del máximo tribunal, puede decirse todavía, y por tomar un área crucial en la materia –la relativa a los derechos de usuarios y consumidores– que “ninguno de los estados locales que componen la República Argentina cuenta con un proceso judicial especial para la tutela de usuarios y consumidores”, más allá de “previsiones aisladas y carentes de sistematicidad que no han logrado desarrollar una tutela diferenciada idónea para garantizar la defensa de los derechos del sector”<sup>30</sup>. Y las normas que han venido a regular la materia a nivel nacional, como la modificada Ley 26.993 sobre la Justicia Nacional de las Relaciones de Consumo, solo han ofrecido respuestas limitadas en la materia, ya que su articulado “no se encuentra pensado para enfrentar conflictos colectivos”<sup>31</sup>. La consecuencia de estas omisiones y retrasos es que siguen utilizando herramientas antiguas, pensadas para cuestiones individuales,

<sup>28</sup> VERBIC, F. y SUCUNZA, M. *Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema, La Ley*, 18/05/2016, 1; VERBIC, F., *Class Actions in Argentina*, escrito presentado en el IAPL World Congress, Turquía, 2015.

<sup>29</sup> Ver, por ejemplo, BIANCHI, A., en *La Hoja online*, <http://www.colabogados.org.ar/la-hoja/articulo.php?id=115>, consultado el 17/7/16.

<sup>30</sup> VERBIC, F., *Por una necesaria y urgente reforma que permita una tutela judicial adecuada de usuarios y consumidores*, ponencia presentada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (2016), 5.

<sup>31</sup> *Ibid.*

para lidiar con cuestiones más actuales, relacionadas con reclamos colectivos<sup>32</sup>.

Este estado de relativa confusión y rezago resulta auspiciado, de todos modos, no solo por la falta de una legislación apropiada, sino también por la propia Corte Suprema que en distintos fallos rechazó acciones colectivas que parecían por completo consistentes con los requisitos establecidos por el propio tribunal para poder ser puestas en marcha<sup>33</sup>. Según el Informe *Derechos Humanos en la Argentina*, de 2016, elaborado por el CELS, “la falta de legislación específica también ocasiona decisiones discrecionales sobre cuándo y ante qué supuestos se habilita este tipo de acción, sobre todo si involucra a grupos vulnerables o a sectores populares”<sup>34</sup>.

Por ejemplo –agrega el Informe– la Corte llegó a dejar sin efecto una decisión de la Cámara Federal de La Plata, en torno a la empresa Cablevisión, alegando que el funcionario demandante “no tenía legitimación para activar el reclamo ya que la Secretaría de Comercio poseía la capacidad suficiente para reclamar a la empresa la vigencia de su resolución administrativa”<sup>35</sup>.

De todos modos, en materia de *standing*, en general, y de litigio colectivo, en particular, corresponde reiterar que el caso argentino no es el más limitativo, en la región, sino un espécimen más bien “intermedio”, sobre todo a la luz de otros más claramente más restrictivos, como el de Chile<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Sobre problemas propios de este litigio, y en particular acerca de las dificultades aparecidas en la implementación de sentencias colectivas, puede verse un informe preparado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) para la Ciudad de Buenos Aires, en 2013, acá, [http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/12\\_implementacion\\_sentencias\\_judiciales.pdf](http://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/12_implementacion_sentencias_judiciales.pdf)

<sup>33</sup> Ver, por ejemplo, *Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Prudencia Cía. Argentina de Seguros s/ordinario* (CSJN 16/1/2013, 49-C). A partir de esta situación, y en 2014, a través de la Acordada 32, la Corte creó un Registro Público de Procesos Colectivos a fin de evitar los procesos superpuestos y las sentencias contradictorias en la materia.

<sup>34</sup> *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2016*, CELS, Siglo XXI: Buenos Aires (2016).

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Ver, por ejemplo, AGUIRREZABAL GRÜSTEIN, M., y PÉREZ RAGONE, A. *et al.*, *La tutela de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos) en el ordenamiento chileno* Relatoría por Chile para Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires (2012). Según los autores, en el ordenamiento chileno “no existe una regulación sistemática de la tutela procesal de los derechos e intereses colectivos (sino solo) ciertas disposiciones especiales dispersas que contemplaban algunas acciones

## Estados Unidos

En los años 60 y 70, los tribunales norteamericanos mostraron una cierta liberalidad en el análisis de la legitimación<sup>37</sup>. Dicha visión expansiva tuvo que ver con una preocupación, creciente en la época, de que las regulaciones estatales fueran bloqueadas, distorsionadas o socavadas a raíz de grupos de interés actuantes sobre las agencias estatales. Los tribunales sostuvieron entonces que tenían legitimación para demandar una acción judicial todos aquellos individuos que, siendo beneficiarios de una determinada regulación estatal, se vieran afectados como producto de la inacción del Estado. Dicho criterio, sin embargo, sufrió una fuerte vuelta de tuerca en el famoso caso *Association of Data Processing Organizations v. Camp*<sup>38</sup>, donde el

---

colectivas, pero con una regulación procesal que no difería sustantivamente de los juicios individuales. Además, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial esta forma de tutela jurisdiccional prácticamente no había sido abordada. Sin ir más lejos, en la literatura nacional denominaciones como ‘acciones colectivas,’ ‘procesos colectivos’... u otras análogas, no eran utilizadas. La procesalística chilena carecía de trabajos que abarcaran esta temática, salvo puntuales excepciones.” Los autores apuntan que la situación comenzó a cambiar con el dictado de la Ley 19.955 del 2004, sobre protección de los derechos de los consumidores, y que reguló los procesos colectivos. En todo caso, y en las conclusiones de su trabajo sostienen, en balance, que la legislación de la tutela colectiva sigue teniendo en Chile un “carácter fragmentado”, en donde el uso de los procesos colectivos es “cauto y prudente”, donde no ha habido “instancias de reformas pretendiendo introducir un modelo o proceso general colectivo”. Califican entonces al modelo chileno como vinculado al “esquema conservador europeo, condicente con un sistema de control de constitucionalidad centrado principalmente en un Tribunal Constitucional y solo estableciendo casos y procesos especiales colectivos para supuestos particulares”.

<sup>37</sup> En las primeras décadas del siglo XX, los jueces más abiertos a desafiar los aspectos más regresivos del *common law* –o, para ponerlo en otros términos, los jueces más interesados en consolidar la causa del *New Deal*, hasta entonces sistemáticamente bloqueado desde el máximo organismo judicial– tendieron a establecer trabas sobre la legitimación. En particular, el juez Brandeis, quizás la figura más progresista en el historial de la Corte Suprema, fue quien más se preocupó por fijar tales limitaciones, como modo de restringir el accionar de la justicia y, consiguientemente, los riesgos de que esta interfiriera indebidamente con las decisiones tomadas por la autoridad democrática. Brandeis y Frankfurter procuraron, de ese modo, favorecer las decisiones del nuevo Estado regulador. En casos como *Massachusetts v. Mellon*, o *Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath*, la Corte hizo referencia a la ausencia de legitimación por parte de los ciudadanos como para recurrir al Poder Judicial. Tales esfuerzos por parte de la justicia obtuvieron consagración jurídica, poco después, cuando a mediados de los años 40, el legislativo resumió aquellas iniciativas en el Acta de Procedimientos Administrativos (APA). De todos modos, tanto en esta ley como en las decisiones judiciales previas, el espacio de la legitimación seguía siendo amplio, y dependiente, en última instancia, de la voluntad del legislativo. Es decir, un individuo estaba legitimado para accionar judicialmente en la medida en que una ley le reconociera dicha posibilidad.

<sup>38</sup> 397 U.S. 150 (1970).

conocido juez Douglas distinguió entre un interés o agravio jurídico, y un “agravio en los hechos”, para proponer que el análisis residiera en este último punto<sup>39</sup>. Según Douglas, para saber si alguien se encuentra legitimado para accionar, lo importante es mirar los hechos y determinar si esta persona sufre o ha sufrido algún agravio jurídico. El fallo en cuestión no vino a restringir los criterios sobre legitimación entonces expansivos, sino que, en principio, se mostró consistente con tales desarrollos. Sin embargo, el criterio entonces expuesto pasaría a servir como base para el establecimiento de severas restricciones en la materia. El objetivo del fallo pareció ser el de simplificar todavía más el análisis sobre la existencia de causas de legitimación, al pasar de una pregunta de respuesta difícil, acerca de la existencia o no de un daño jurídico, a otra aparentemente más fácil, que requería una “mera” mirada sobre los hechos<sup>40</sup>. La cuestión, en cambio, y según veremos, pasó a complicarse extraordinariamente, dada la necesidad permanente de recurrir a parámetros normativos, a los fines de decidir si la cierta afectación de algún interés (digamos, que no se le reconozca a un grupo desaventajado beneficios especiales; que no se tomen todos los recaudos necesarios en materia de protección ambiental) califica o no como “daño en los hechos”.

Tal desplazamiento “de la ley a los hechos” fue acompañado por otro tipo de desarrollos, más propios de finales de los años 80. Entre ellos, i) la necesidad de demostrar que el daño en cuestión es atribuible a la parte acusada; ii) la necesidad de mostrar que el daño puede ser eliminado con una medida a favor del demandante; o iii) una tendencia a definir el (difícilmente precisable concepto de) “daño en los hechos”, a partir de una visión más propia del *common law*. Resulta distintiva de esta época, también, iv) una renovada preocupación por el Artículo II, en el análisis de la cuestión del *standing*. Este último desarrollo implicó crecientes referencias al tema de la separación de poderes, un tema aparentemente puesto en crisis a través de estándares de legitimación expansivos. En efecto, según el Artículo II, es el Presidente de la República quien tiene competencia para “cuidar” de la aplicación de las leyes. Contra dicha posibilidad, alegaron algunos jueces, criterios de legitimación muy amplios terminan desequilibrando la estructura de controles, ya que la ejecución de las leyes pasa a quedar a cargo de personas no directamente responsables ante la ciudadanía.

<sup>39</sup> SUNSTEIN, C., *Standing Injuries, The Supreme Court Review*, vol. 1993, (1993) p. 52.

<sup>40</sup> SUNSTEIN, C., *What's Standing after Lujan...*, *op. cit.* p. 188.

La figura clave del desarrollo jurisprudencial en la materia resultó, sin duda, el conservador juez Scalia, quien en un temprano artículo publicado en 1983<sup>41</sup>, sostuvo que debía denegarse la legitimación de un individuo cuando el mismo se quejara sobre la falla de la administración de obligar o prohibir algo sobre algún otro sujeto distinto del demandante. Admitir dicha posibilidad, sostuvo entonces Scalia, implicaba interferir indebidamente sobre los poderes del Ejecutivo. Y este fue el criterio que la Corte norteamericana terminó adoptando –ya con Scalia entre sus miembros– en el caso *Lujan v. Defenders of Wildlife*<sup>42</sup>. En dicho caso, la Corte debía evaluar una demanda proveniente de organizaciones ambientalistas, entre ellas Defenders of Wildlife, que impugnaron la nueva política estatal que, contradiciendo una práctica establecida, determinó que la ley de protección de las especies en riesgo –que obligaba a que las decisiones del Estado no pusieran en peligro la existencia de especies– solo iba a aplicarse fronteras adentro –es decir, que las acciones llevadas a cabo por los Estados Unidos en el exterior iban a ser inmunes a aquella limitación. Frente a la objeción de los grupos ambientalistas, la Corte distinguió entre las situaciones en donde el propio demandante es el objeto de una acción pública –caso en el cual la legitimación es obvia– y casos en donde la acción ilegal que se le imputa al gobierno perjudica a algún otro –situación esta en donde la Corte tiende a ser ahora muy restrictiva en cuanto al reconocimiento de la legitimación. En el caso en cuestión, la Corte entendió que los demandantes –que sostenían, por caso, que la nueva política estatal afectaría su interés de volver a áreas que ya habían visitado, para observar a especies en riesgo– no tenían una legitimación suficiente como para sostener su reclamo en los tribunales. Ellos habían sido incapaces de demostrar que sufrían un “daño en los hechos”. *Lujan* resulta, en este sentido, uno de los casos más importantes en la historia de la jurisprudencia norteamericana, en cuanto a la cantidad de leyes que termina poniendo en riesgo (leyes, sobre todo atinentes al control del medio ambiente, que se apoyan en el control ejercido por los ciudadanos para asegurar la vigencia de ciertas regulaciones). En definitiva, el criterio de “daño en los hechos” ha venido a servir, en la práctica, “como una herramienta para excluir casos de los tribunales... para negarse a reconocer el interés de algún ciudadano en el cumplimiento de la Constitución por parte de las autoridades”<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> “The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers”, 7 *Suffolk Univ. Law Review* 881, citado en SUNSTEIN, C., “What’s Standing after Lujan...” *op. cit.* p. 164.

<sup>42</sup> 112 S. Ct. 2130 (1992).

<sup>43</sup> SCHNURER, E., *More than an intuition, less than a Theory*, Toward a Coherent Doctrine of Standing”, *Columbia Law Review*, vol. 86, N° 3, (1986) p. 567.

Según Cass Sunstein, el actual estado de cosas en materia de legitimación, en los Estados Unidos, puede entenderse como una notable combinación de dos series de principios opuestos entre sí<sup>44</sup>. Por un lado, parece regir un compromiso *lochneriano*<sup>45</sup> con el *common law*, y como tal contrario al “intervencionismo” estatal en materia económica. Conforme a tales principios, el Estado debe ser respetuoso de los derechos (pre-políticos o “naturales”) de libertad y propiedad privada, que fijan un inobjetable status quo de *neutralidad*. Cualquier desviación o interferencia con ese estado de cosas no-cuestionado requiere, de parte del Estado, una justificación de peso extraordinario. En materia de *standing*, esta visión tiende a validar, por caso, los derechos de los industriales y propietarios –a los que se reconoce plenamente capacitados para reaccionar frente a las “interferencias” del Estado– y no a los beneficiarios y ciudadanos de a pie, en la medida en que los reclamos de estos últimos tengan por objeto reclamar una intervención del Estado en contra de los derechos de los propietarios. La otra serie de principios en juego –opuesta a la señalada– tiene que ver con una (revivida) tendencia de orientación puramente anti-*lochneriana*. Esta tradición, que podemos identificar con las decisiones de algunos jueces fuertemente asociados con el *New Deal*, se alimenta de motivaciones contrarias a las recién examinadas, ya que se vincula con un fuerte compromiso con la preservación de las iniciativas estatales en materia de regulación económica. Curiosamente, sin embargo, esta última tradición también terminó proponiendo ciertas limitaciones en materia de legitimación, en este caso, con el objeto de restringir el margen posible de las interferencias judiciales sobre las decisiones del poder político. Esta última tendencia anti-*lochneriana*, retomada hoy por jueces de orientación política opuesta a la de Brandeis o Frankfurter<sup>46</sup>, se conjuga con la anterior, *lochneriana*, para llegar a una síntesis indudablemente restrictiva, que Sunstein denomina un *modelo de derecho privado* en materia de legitimación.

<sup>44</sup> SUNSTEIN, C., *Standing and the Privatization of Public Law*, *Columbia Law Review*, vol. 88, Nº 7, (1988) pp. 1434-9.

<sup>45</sup> Recordemos que el caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) simboliza el comienzo de una era (la llamada “era Lochner”) en donde, en nombre del *common law*, la Corte Suprema norteamericana invalidó centenares de regulaciones estatales en materia económica, bloqueando así durante años el lanzamiento del programa de reconstrucción económica hoy conocido como *New Deal*.

<sup>46</sup> SUNSTEIN, C., *Standing and the Privatization...*, *op. cit.* p. 1.438.

## PARTE II. DISCUTIENDO ARGUMENTOS

### i. Los argumentos para sostener una política restrictiva en materia de legitimación

Casos como el citado *Lujan* pueden resultar un buen punto de partida para comenzar a reconocer cuáles son los argumentos que, contemporáneamente, tienden a apoyar las visiones más restrictivas sobre el *standing*. Dicho caso nos proporciona, al menos, dos de los argumentos más comunes en las actuales discusiones sobre la legitimación. El primero de ellos –el *argumento del caso o controversia*– tiene que ver, como vimos, con la presencia o no de un “daño en los hechos”. El segundo argumento –el *argumento de la división de poderes*– tiene que ver, en cambio, con los deberes del Presidente y con la separación de poderes. La idea es que es el Presidente quien se encuentra encargado de la supervisión de que las leyes sean aplicadas debidamente. Dicha tarea, se sostiene aquí, no puede quedar a cargo del Poder Judicial, al que le corresponde actuar en caso de violación de derechos individuales, y no cuando de lo que se trata es de supervisar políticas o medidas relacionadas con el bienestar general. En todo caso, aquellos sujetos que se sientan maltratados por el accionar público pueden recurrir al proceso político –ya que no al Poder Judicial– para encontrar solución a dicha situación de agravio. Según la opinión vertida por el juez Scalia: “Permitir que el Congreso convierta un interés público indiferenciado... en un ‘derecho individual’ reivindicable en los tribunales es permitir que el Congreso transfiera, desde el Presidente a los tribunales, el deber constitucional más importante de la cabeza del Ejecutivo, es decir, el de ‘asegurar que las leyes sean fielmente ejecutadas’”<sup>47</sup>.

Algunos autores han reforzado el argumento de la separación de poderes señalando, por ejemplo, que el respeto de la misma no se debe a una aproximación meramente dogmática a la Constitución. Por el contrario, la razón detrás de la asignación constitucional de funciones sobre un Presidente unitario tiene que ver con la posibilidad de responsabilizar y supervisar políticamente al encargado de la ejecución de las leyes –llamemos a este el *argumento de la responsabilidad política*. Conforme a Krent y Shenkman, por ejemplo, “[l]a preferencia constitucional por un proceso de toma de decisiones democrático

---

<sup>47</sup> 112 S. Ct. 2145. Scalia había adelantado dicha posición en su fallo disidente en *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988), en donde había sostenido que “la orden inexorable del Artículo II es clara”, y dice que “el Poder Ejecutivo debe quedar en manos del Presidente de los Estados Unidos” (*ibid.*, pp. 697, 710).



exige que las decisiones acerca de cuál es el mejor modo de reparar los agravios al público general sean dejadas en manos de actores que pueden ser responsabilizados políticamente<sup>48</sup>.

Un argumento de raíz similar e igualmente potente es el *argumento democrático*. El argumento (originado, según viéramos, en los años del *New Deal*), fue recientemente presentado –en casos relativos a la cuestión de la legitimación, pero también en una diversidad de controversias similarmente polémicas–<sup>49</sup> por el juez Bork en el caso *Vander Jagt v. O’Neill*, en donde resumió todas las “doctrinas que se agrupan alrededor del Artículo III” asociándolas con “la idea, que es más una intuición que una teoría rigurosa y explícita, acerca de los límites constitucionales y prudenciales que, en nuestro gobierno, se establece sobre las facultades de un Poder Judicial no elegido popularmente y no-representativo”<sup>50</sup>. El punto es, entonces, que a través de criterios muy laxos en materia de legitimación lo que se logra, en definitiva, es robustecer al poder menos democrático dentro del sistema de gobierno, lo que en su opinión parece contrario a los principios de la Constitución.

En Argentina, autores como Juan Carlos Cassagne han sostenido que textos constitucionales como el argentino no deben ser interpretados como permitiendo la legitimación colectiva en defensa de intereses difusos, dado que “mediante la técnica de la protección de los intereses difusos o colectivos han rebajado la protección prioritaria que tenían los derechos subjetivos y los intereses legítimos”<sup>51</sup>. De modo más interesante, pero igualmente controversial, Rodolfo Barra ha aludido a la necesidad de resguardar el principio de la división de poderes y finalmente el sistema democrático. En su opinión, “la Constitución diseñó un sistema en que las decisiones generales y abstractas son tomadas por los órganos con origen y responsabilidad electoral –el Legislativo y el Ejecutivo– o por aquellos bajo su dependencia y, a la vez, responsabilidad. Responsabilidad electoral quiere decir que el pueblo valorará en la próxima elección la decisión toma-

<sup>48</sup> KRENT, H.; SHENKMAN, E., *On Citizen Suits and Citizen Sunstein*, *Michigan Law Review*, vol. 91, N° 7 (1993), p. 1.806.

<sup>49</sup> Pienso, por ejemplo, en las (hostiles) decisiones de Robert Bork sobre el pretendido contenido “social” de la Constitución –sobre la existencia o no de *welfare rights* en la misma– que el juez rechazó apelando a la misma idea sobre el carácter no democrático de la justicia, y la necesidad de deferir a la voluntad democrática de los poderes políticos.

<sup>50</sup> 699 F. 2d 1166, 1178-79 (D.C. Cir.)

<sup>51</sup> CASSAGNE, J. C., *El daño ambiental colectivo*, *La Ley*, E-1426 (2004).

da... Por ello los jueces –no electos, inamovibles, casi vitalicios– no pueden tomar decisiones fuera del caso concreto y exclusivamente para decir el derecho que repare o reconozca la pretensión personal, interesada, propia, hecha valer en el litigio”<sup>52</sup>.

## **ii. Los problemas de la posición dominante o restrictiva: una concepción inapropiada de la democracia y la división de poderes**

Las dificultades para sostener la postura que hoy prevalece en materia de legitimación son numerosas y de diversa naturaleza. Aquí menciono algunos de entre ellos, aunque me concentraré en los relacionados con la inapropiada concepción de la democracia y de la división de poderes que suele predominar en el análisis de tales prácticas institucionales, tanto como en el propio imaginario del Poder Judicial, en sus reflexiones sobre los alcances y límites de su función.

En primer lugar, y como cuestión meramente formal, merece decirse que el anclaje histórico que suele asignarse a la postura restrictiva carece de fundamento real. Lo cierto es que la actitud restrictiva respecto de los “extraños” o individuos no directamente afectados por la acción o inacción estatal, es de origen reciente. Típicamente, ni el derecho romano ni el derecho inglés ni el derecho norteamericano en sus tiempos fundacionales registraron dicha actitud entre sus prácticas habituales. Por el contrario, en todos esos contextos encontramos una significativa apertura hacia la posibilidad de que “extraños” inicien una demanda contra el Estado en nombre de otros directamente afectados por la actividad o inactividad pública.

En segundo lugar, la idea dominante sobre “daño en los hechos” crea problemas a diferentes niveles. Por un lado, ella obliga a un análisis de extraordinaria complejidad para definir si, en el caso concreto, nos encontramos o no frente a una situación de agravio –según Nichol, el examen que se requiere para determinar si existe o no un agravio es “amorfo, complejo, y cargado valorativamente”<sup>53</sup>. Y el hecho es que, sin estándares normativos precisos, resulta simplemente imposible llegar a una conclusión en ese respecto. El resultado es que la reflexión sobre la legitimación pasa a depender de un análisis sobre causalidad que termina siendo altamente manipulable.

---

<sup>52</sup> BARRA, R., “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, *La Ley*, E-1087 (1994). Tomo estos testimonios de VERBIC, E., *Procesos Colectivos*, Buenos Aires: Astrea (2007), p. 106-7.

<sup>53</sup> NICHOL, G., “Justice Scalia, Standing, and Public Law Litigation”, *Duke Law Journal*, vol. 42, Nº 6, Twenty-Fourth Annual Administrative Law Issue, (1993), p. 1.157.

Quisiera focalizar mi atención, en todo caso, en los problemas relacionados con las ideas de democracia y división de poderes que suelen tomarse como punto de partida en la defensa de la posición restrictiva. Típicamente, y conforme entiendo, en el imaginario del Poder Judicial parecen predominar entendimientos sobre la democracia y la organización de poderes poco sofisticados, anquilosados y difíciles de sostener en nuestro tiempo. Tales concepciones dominantes son, sobre todo dos, efectivamente vinculadas con la historia constitucional (norte)americana, y ninguna de ellas ofrece un buen fundamento para mantener el peso que todavía mantienen en nuestra discusión pública. Estas visiones predominantes sobre la democracia y la relación entre los poderes son las responsables –según diré– de una serie de malentendidos y equívocos en torno a cuáles son los alcances y límites exigibles en la tarea judicial –y obviamente también, en materia de *standing* y de acciones colectivas.

i) La primera de tales visiones se relaciona con una idea más bien *rousseauuniana* de la democracia, refiere a una noción de *separación estricta* entre las ramas del poder, y tiene que ver con una concepción que fuera defendida en su momento por el llamado *antifederalismo* norteamericano. ii) La segunda visión, en cambio, se relaciona con una idea *agonal* de la democracia –que ha sido descrita modernamente como una visión *pluralista* de la democracia–, refiere a una noción de *parcial interconexión* entre las ramas de gobierno, y tiene que ver con una concepción que fuera defendida en su momento por los *federalistas* norteamericanos, con James Madison y Alexander Hamilton a la cabeza. Frente a estas dos posiciones prevaecientes, presentaré aquí una alternativa, que considero más justificable, y más adecuada a los modos en que hoy tendemos a pensar la democracia. Llamaré a esta postura iii) una concepción *deliberativa* de la democracia, relacionada con una noción *dialógica* acerca de la relación entre los poderes, similar a la que hoy se sostiene en parte de la filosofía política y la teoría constitucional contemporáneas. A continuación, describiré brevemente a estas tres diferentes lecturas sobre la democracia y la división de poderes, para expresar enseguida las implicaciones que cada una de tales lecturas ofrece en relación con el acceso a los tribunales, el *standing* o el papel del Poder Judicial en los procesos colectivos.

i) *Concepción rousseauuniana de la democracia y separación estricta entre las ramas del poder.* Esta primera lectura de la democracia registra antecedentes en el pensamiento revolucionario francés, tanto como en los escritos de Jean-Jacques Rousseau, que impactaron de diversos

modos en la vida pública norteamericana (en una medida no menor, a partir de la propia presencia y los vínculos establecidos por Thomas Jefferson en Francia, durante su tiempo como Embajador norteamericano en dicho país). El antifederalismo norteamericano retomó este modo de pensar, que en una versión algo pedestre vino a decir que la voluntad del pueblo –en tanto *voluntad general*– se expresaba de modo exclusivo en el Congreso, que era reconocido entonces como depositario del saber mayoritario, y como tal capaz de declarar qué solución era correcta o verdadera. Ocurre que, en esta visión –tan extendida en su momento, como poco sofisticada– la voluntad del pueblo era considerada voluntad “inerrante”: la voz del pueblo era reconocida de ese modo como equivalente a “la voz de Dios”<sup>54</sup>.

Las implicaciones institucionales de esta aproximación a la democracia resultaron obvias y contundentes. Ante todo, y conforme a lo dicho, el Congreso quedaba situado como el órgano central de la producción y la vida democrática. Frente al mismo, los otros poderes aparecían en una posición subordinada. Por un lado, el Poder Ejecutivo dependía del órgano legislativo, y era concebido, en todo caso, como el “brazo ejecutor” de la voluntad del primero. Por otro lado, el Poder Judicial solo quedaba a cargo de hacer prevalecer la voluntad popular/legislativa, en tanto “boca de la ley”. Esto es decir, conforme con esta lectura, el Poder Judicial no tenía autoridad para cuestionar o desafiar a la autoridad suprema de la ciudadanía, frente a la que quedaba sometido.

La idea de “separación estricta” de los poderes derivaba “naturalmente” de un esquema como el citado<sup>55</sup>. Separación estricta significaba que ninguna rama del poder debía interferir con las restantes, pero implicaba fundamentalmente que ni el Poder Ejecutivo ni el Judicial debían “osar” interferir con la voluntad del pueblo, incorporada en el Congreso, y obviamente superior a la de ambos. Thomas Paine, y parte del radicalismo inglés y norteamericano, sostuvieron una concepción del poder como la citada, que consideraban necesaria e implícita en el modo en que concebían a la democracia. La separación estricta prometía ventajas diversas: simplicidad y claridad antes que complejidad y confusión (que eran atribuidas a esquemas como el de

---

<sup>54</sup> Ver WOOD, G., *The Creation of the American Republic*, New York: Norton (1969); BAILYN, B. *The ideological origins of the American Revolution*, Cambridge: Harvard University Press (1992).

<sup>55</sup> VILE, M., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford: Clarendon Press (1967).

la “parcial interrelación” entre los poderes); pero sobre todo respeto a la voluntad popular<sup>56</sup>.

ii) *Concepción agonal de la democracia y parcial interrelación entre las ramas del poder.* Esta segunda lectura de la democracia registra antecedentes en la lectura que ofrecieran muchos federalistas norteamericanos, y que tuviera como principal registro la que propusieran James Madison o Alexander Hamilton en una diversidad de escritos, y muy en particular en sus papeles compilados dentro de *El Federalista*. Contemporáneamente, el cientista político Robert Dahl retomó y estilizó esta postura, que quedó asociada a la que llamara una lectura *pluralista* de la democracia<sup>57</sup>. En la versión que consideraré de esta postura, en lo que sigue, diré que en ella se parte de una peculiar sociología política, conforme a la cual la sociedad se divide en una pluralidad de grupos con intereses conflictivos entre sí; se asume que tales grupos tienden a enfrentarse entre sí; y se propone –por tanto– como principal objetivo democrático el de “evitar las mutuas opresiones”, como sostenía Alexander Hamilton.

Esta visión de la democracia era “agonal”, por partir de aquel citado entendimiento acerca del conflicto y enfrentamiento permanentes entre diversos grupos sociales. Un sistema institucional apropiado, entonces, debía asegurar en primer lugar que todos esos grupos diversos tuvieran voz efectiva en la sociedad, y luego debía dotar de “poder equivalente” a cada uno de ellos. En términos de Hamilton, si la sociedad se dividía fundamentalmente en dos grupos, una mayoría y una minoría, y se le daba poder sobre todo a uno de ellos, ya sea el grupo mayoritario o el minoritario, inevitablemente, dicho grupo iba a oprimir al grupo opuesto –la mayoría a la minoría, o la minoría a la mayoría. Por tanto, y frente a ello, la única solución sensata era la de dotar de un poder equivalente a ambas secciones de la sociedad, evitando así el peligro de las opresiones mutuas<sup>58</sup>. Como queda claro, esta visión resultaba muy problemática en términos rousseauianos. Por un lado, aquí, la mayoría no solo carecía de una “voluntad inerrante”, sino que además representaba la mayor de las amenazas a las libertades individuales, dado su número y peso consiguiente. Por otro lado, la solución que se ofrecía frente a ello implicaba “degradar”, contener o reducir la voluntad mayoritaria de aquella,

<sup>56</sup> PAINE, T., *The Thomas Paine Reader*, Londres: Penguin Books (1987).

<sup>57</sup> DAHL, R., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago: University of Chicago Press (1963).

<sup>58</sup> FARRAND, M., *The Records of the Federal Convention*, New Haven: Yale University Press (1937).

hasta tornarla equivalente a la voluntad de los demás grupos sociales existentes.

La idea de poderes “parcialmente interrelacionados” se deriva de aquella lectura de la democracia. De modo célebre, Madison defendió este entendimiento acerca de la división de poderes en su famoso escrito LI, dentro de *El Federalista*. Allí, Madison sostuvo que:

“La mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás (...) La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto”.

Dicha lectura reflejaba bien ciertos presupuestos, vinculados con los arriba revisados: se asumía que la sociedad, dividida en facciones o grupos, iba a expresarse en las diferentes ramas del gobierno (típicamente, la Cámara Baja iba a tender a expresar la voluntad de las mayorías, mientras que el Senado, como las otras ramas del poder elegidas de modo indirecto, iban a reflejar a las minorías sociales); como se asumía la inclinación irrefrenable de cada facción a oprimir a las otras, utilizando las herramientas que tuviera a su cargo. De allí que la única solución que apareciera como posible, para asegurar el principal objetivo de evitar el accionar faccioso y opresivo de estos grupos, era el de arreglar a las diferentes ramas de poder de modo tal asegurar un vínculo pacífico entre ellas. Básicamente, la referida combinación de “medios constitucionales” con “móviles personales” implicaba poner las motivaciones humanas –que, en una lectura humana de la psicología humana, quedaba relacionada sobre todo con el egoísmo o la “ambición”– al servicio de los objetivos perseguidos, a través de los “medios constitucionales”<sup>59</sup>. Fundamentalmente, si todos los poderes contaban con (llamémoslas así) “armas” con las que “disparar” contra las otras, en caso de amenazas opresivas de estas, la tendencia iba a ser la de una “paz armada”, en donde los distintos grupos iban a verse incentivados a negociar y conciliar entre ellos, antes que a “entrar en guerra” con los demás. Se apelaba entonces a un mecanismo como el presente en la visión smithiana de la “mano invisible”: disponer las instituciones de modo tal de poder sacar

---

<sup>59</sup> MADISON, J.; HAMILTON, A. y JAY, J., *The Federalist Papers*, New York: Tribeca Books (2010).

provecho común de los peores rasgos de la personalidad humana. Resultaba previsible, en la política como en la economía –y según se asumía– que la sociedad resultara beneficiada de esa suma de comportamientos auto-centrados: todos terminarían prefiriendo ciertas formas de la cooperación, antes que el riesgoso y permanente camino del enfrentamiento con los demás.

A diferencia del esquema de la “separación estricta”, entonces, aquí no se concibe a los diferentes poderes como compartimientos estancos, separados entre sí, y desvinculados unos de otros. Más bien al contrario, se asume que los poderes se encuentran “parcialmente interrelacionados” unos con otros: cada uno de ellos está vinculado al vecino, y puede interferir parcialmente con aquel, de modo tal de conciliar con este o, eventualmente frenar sus pretensiones opresivas. Instrumentos tales como el veto presidencial, el juicio político, o el control judicial de las leyes, son algunas de las formas que tienen a su disposición cada uno de los poderes, para relacionarse con, o resistir a, las demás ramas del poder.

*iii) Concepción deliberativa de la democracia y relación dialógica entre las ramas del poder.* Esta visión de la democracia encuentra su base en extensas discusiones propias de las últimas décadas, dentro de la teoría social, tendientes en parte a describir los modos efectivos de funcionamiento de nuestras democracias, pero sobre todo animadas a definir rasgos posibles –ideales, estilizados– de una concepción de la democracia atractiva, y vinculada a supuestos y aspiraciones compartidas. Aunque es posible distinguir entre muchas y diferentes versiones de la concepción deliberativa de la democracia, propondré aquí una versión caracterizada por los dos siguientes rasgos: Primero, supondré que esta perspectiva de la democracia requiere de la aprobación de decisiones públicas luego de un amplio proceso de *discusión colectiva*. Segundo, supondré que el proceso deliberativo requiere, en principio, de la intervención de *todos aquellos que se verían potencialmente afectados* por las decisiones en juego<sup>60</sup>.

Es importante advertir de qué modo, y por un lado, este punto de vista difiere en gran medida de las teorías pluralistas, sobre todo como consecuencia de la segunda de las características señaladas. En reali-

<sup>60</sup> BOHMAN, J. & REHG, W. eds, *Deliberative Democracy*, Cambridge, MA: The MIT Press (1997); COHEN, J., ‘The Economic Basis of Deliberative Democracy’, *Social Philosophy and Policy*, Vol. 6. 2 (1989); ELSTER, J., ed., *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press (1998); HABERMAS, J., *Between Facts and Norms*, Cambridge: The MIT Press (1996).

dad, la democracia deliberativa requiere que las decisiones públicas estén ancladas en una base consensual amplia, formada a partir de la participación de los diversos sectores de la sociedad. Según esta visión, mientras menores sean el alcance y la intensidad de la participación cívica, más débiles serán las razones para considerar que el resultado final del proceso deliberativo es imparcial<sup>61</sup>. La amplia intervención colectiva es percibida aquí como una condición primaria y necesaria (aunque no suficiente) para tal imparcialidad.

Por otro lado, debe notarse que este modelo deliberativo coincide con la perspectiva rousseauiana de la democracia, en lo que respecta al valor que ambos le adjudican a la participación política. No obstante, difiere –por lo menos de algunas versiones importantes de tal visión– como consecuencia de su defensa del debate público. El trabajo de Rousseau podría ser útil para entender el significado de esta objeción. De acuerdo con el *Contrato Social* de Rousseau, la deliberación pública no solo era innecesaria para el propósito de crear decisiones imparciales, sino que imposibilitaba el logro de dicha imparcialidad. De hecho, para Rousseau, la deliberación pública amenazaba con dividir la sociedad en facciones. Para él, la deliberación actuaba contra la unidad social y conducía a los ciudadanos a pensar más sobre sus propios intereses, y menos sobre lo que tenían en común con los demás. En otras palabras, y desde este punto de vista, la deliberación parece socavar el ideal mismo de crear una “voluntad general”<sup>62</sup>.

El vínculo “dialógico” que aquí se propone entre las diversas ramas del poder –como entre ellas y la sociedad civil– también parece derivar naturalmente de supuestos como los anteriores. A partir de la noción conforme a la cual ninguna persona o grupo es capaz de determinar, por sí mismo y para todos, lo que es “correcto” o “verdadero” (adviértase la diferencia con la aproximación rousseauiana examinada), la propuesta que se sigue es la de la mutua colaboración en la definición de lo que debe hacerse en cuestiones de interés público. La decisión sobre cuál debe ser el contenido de las políticas públicas –en la medida en que se pretenda que estas políticas sean igual y debidamente respetuosas de las pretensiones de todos– debe resultar de una conversación que involucre a todos los “potencial-

---

<sup>61</sup> NINO, C., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press (1991).

<sup>62</sup> MANIN, B., *On Legitimacy and Political Deliberation*, *Political Theory*, vol. 15, Nº 3 (1987).



mente afectados”<sup>63</sup>. Simplemente, aquí se asume que no hay mejor modo de custodiar la imparcialidad de las decisiones en curso que a través de un diálogo inclusivo. En dicho diálogo, obviamente, los grupos mayoritarios van a tener un peso especial, pero ellos deberán consultar y convencer en el camino al resto de los miembros de la sociedad. Y aunque las decisiones –como ocurre en cualquier democracia– tendrán finalmente un componente mayoritario fuerte, de allí no se deriva que la decisión mayoritaria, por serlo, sea la más apropiada: lo más apropiado es, siempre, lo que resulte de un acuerdo general, inclusivo y deliberado. Y como siempre puede ocurrir que ciertos puntos de vista no sean tomados en cuenta, o no sean sopesados o entendidos debidamente, se trata entonces de una conversación permanente abierta (una *ongoing conversation*) que siempre puede ser reabierta, de modo tal de revisar los acuerdos alcanzados, a la luz de nuevas objeciones que eventualmente puedan surgir en torno a tales acuerdos, o elementos relevantes que no hayan sido adecuadamente considerados en la oportunidad anterior.

### iii. Poder Judicial, democracia y legitimación amplia

Debiera resultar claro, a esta altura, que las posiciones que adoptamos en materia de legitimación y acceso a la justicia, en general, depende del modo en que pensamos al Poder Judicial, y son finalmente tributarias de la concepción de la democracia de la que partamos.

i) Curiosamente, muchos jueces en la región parecen asumir como punto de partida una idea muy simplista –que podemos asociar con la visión rousseauniana– sobre la democracia, que aparece estrechamente relacionada con la idea de una división estricta de los poderes. Partiendo desde allí, por supuesto, toda intervención del Poder Judicial en asuntos públicos amenaza con verse, en principio, como una afrenta a la voluntad democrática del pueblo, concentrada en y monopolizada por el Congreso. Si al Poder Judicial le toca lidiar con asuntos que tienen repercusiones amplias en términos económicos, políticos y sociales, esa actuación no puede entenderse sino como violatoria de sus propios límites y disruptiva del orden institucional: la magistratura no tiene nada que hacer en tales terrenos, que debieran resultarle por completo ajenos. Es la democracia política la que debe lidiar con aquellos temas. De allí que esta visión tienda a aparecer más preocupada por favorecer el acceso de la ciudadanía a la política, antes que por favorecer su acceso al litigio (mucho más

---

<sup>63</sup> HABERMAS, *op. cit.*

si este va a adquirir contornos fundamentalmente individualistas). En todo caso, y como señalaba, resulta curioso que tantos magistrados y doctrinarios, de modos más o menos explícitos, invoquen este tipo de consideraciones, teniendo en cuenta que la idea de la “separación estricta” fue defendida, fundamentalmente, por aquellos que resultaron perdidosos en los debates norteamericanos –los antifederalistas– siendo que el sistema constitucional latinoamericano se encuentra vinculado, más bien, con el esquema entonces triunfante, relacionado con el que proponían los rivales de aquellos, los federalistas.

ii) Frente a la anterior postura, la concepción federalista –agonal– de la democracia tampoco ha resultado una aliada natural del intervencionismo judicial destinado a actuar en asuntos de vastas implicaciones sociales. En parte, ello tiene que ver con el carácter *binario*, o de “todo o nada” que parece connatural al esquema agonal aquí presente, y de acuerdo al cual la tarea del Poder Judicial es una de dos: este interviene ya sea para validar, ya sea para fulminar la norma en cuestión<sup>64</sup>. Finalmente, esto es lo propio del modelo agonal, lo que se deriva de una visión del sistema institucional basado en el supuesto de que los miembros de los distintos poderes están fundamentalmente motivados a hacer prevalecer sus intereses, aun al precio de arrasar a quienes están frente a ellos. Desde tal perspectiva, los costos asociados al intervencionismo judicial son tan altos –en particular cuando las medidas en juego tienen la potencia de impactar sobre vastos sectores de la sociedad– que la *deferencia* o *pasividad* judicial tiende a aparecer como comportamiento preferido por sus integrantes. De modo más decisivo, quienes defienden este enfoque sobre la democracia tienden a preferir una ciudadanía de “baja intensidad” como se afirma en la actualidad<sup>65</sup>, para evitar una política de “facciones”, como se decía en los tiempos de Madison. Por el contrario, un *standing* amplio, o –más riesgosamente aún– facilidades para el litigio colectivo, prometen “recalentar” de forma indebida el sistema institucional, cargándolo de conflictos con estatus institucional, y forzando al Poder Judicial a dirimir problemas de enorme envergadura y de alta sensibilidad. De allí que, desde esta tradición también (o de modo especial), se tienda a optar por un esquema finalmente conservador en la materia.

iii) La perspectiva debe ser necesariamente diferente para quienes auspician una lectura deliberativa de la democracia. Aquí, la tarea

---

<sup>64</sup> YOUNG, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford: Oxford University Press. (2012).

<sup>65</sup> O'DONELL, G., *Counterpoints*, Indiana: The University of Notre Dame Press (2013).

del Poder Judicial (como la de todas las restantes áreas del gobierno) es concebida bajo parámetros diferentes. En particular, la misión del Poder Judicial no es vista aquí como la de imponer o quebrar la voluntad legislativa, con todos los riesgos consiguientes (“matar o morir”), sino como una que apunta a colaborar con las demás ramas del poder en la creación de soluciones aceptables para todos. Por supuesto –y es muy importante subrayar este punto– cada una de las ramas de gobierno van a intervenir en esa conversación a partir de capacidades y posibilidades diferentes, relacionadas con su diferente *legitimidad* o autoridad democrática. Sin embargo, como dijéramos ya, el hecho de que el Poder Legislativo tenga, en razón del número y origen de sus miembros, niveles de legitimidad democrática mayor, no convierten al mismo en un poder infalible, ni en uno con capacidad exclusiva de actuar, en materia de asuntos públicos. Todas las ramas de gobierno están involucradas en dicha tarea, desde su propio lugar, con los límites y posibilidades propias de su función. Y el Poder Judicial, según veremos –y a pesar de su legitimidad limitada– tiene la posibilidad y el deber de realizar una contribución extraordinaria en esa conversación extendida.

Una lectura como la anterior, preocupada por la afirmación de un diálogo inclusivo, no puede sino favorecer tanto el acceso ciudadano a la política, como el acceso ciudadano a la justicia. Del primer modo, se facilita que las decisiones públicas obedezcan mejor a la voluntad de todos los afectados. Del segundo modo, mientras tanto, se permite que todos aquellos que se consideran destratados por el sistema político –todos aquellos que entienden que sus puntos de vista o pretensiones no han sido tomados en cuenta o sopesados debidamente– hagan ingresar al sistema institucional sus reclamos, ganando así la posibilidad de “reparar” indebidas e indeseadas fallencias democráticas. Las formas amplias de *standing*, en este sentido, prometen –como, según entiendo, ya ha quedado demostrado en experiencias como las revisadas– asegurar el tratamiento dentro del circuito democrático de las demandas colectivas insatisfechas, o los reclamos por la violación de derechos sociales básicos, que de otro modo verían dificultado su procesamiento por el aparato institucional. Desde esta perspectiva, las reglas flexibles y abiertas de legitimación no pueden sino verse como un aspecto prioritario e indispensable del recetario propio de quienes propician modos deliberativos de la democracia.

Dos aclaraciones, al menos, pueden ser necesarias en torno al papel que puede o debe jugar el Poder Judicial en una democracia

deliberativa. La primera aclaración se refiere a la legitimidad de la intervención de los jueces en una democracia tal, y a la luz de las tradicionales y conocidas objeciones en cuanto al “carácter contramayoritario” de la justicia<sup>66</sup>. Al respecto, puede decirse que existen algunas razones que podrían llevar a quienes defienden una concepción deliberativa de la democracia a favorecer cierta forma de revisión judicial de las leyes, particularmente en temas de vasto interés público, como los que son de particular interés en el marco de este estudio. Primeramente, si tomamos como punto de partida el hecho que todos (legisladores, ciudadanos, jueces) somos falibles, tenemos una primera razón para promover, en principio, todos aquellos mecanismos que nos ayuden a corregir nuestras decisiones. Nuestras decisiones son, y siempre estarán abiertas a incluir errores fácticos y lógicos, así como serán vulnerables frente a la falta de información y a los prejuicios. Además, como todos sabemos, el sistema político se encuentra afectado por numerosos problemas (crisis de representación, corrupción, burocratización, elitismo), que permiten frecuentemente la aprobación de decisiones parciales. Existe una extensa literatura, tanto teórica como empírica, que menciona y documenta la influencia excesiva de los grupos de interés y de los intereses más poderosos sobre el proceso político<sup>67</sup>. De acuerdo con dicha literatura, el sistema político tiende a sesgarse indebidamente o a resultar demasiado sensible a la presión de ciertos grupos, lo cual afecta tanto su carácter mayoritario, como su ambición de promover la imparcialidad.

Tales dificultades deberían impulsar a los demócratas deliberativos a resistir decisiones que i) terminan socavando la deliberación presente o futura (decisiones *restrictivas de la deliberación*); ii) son producto de un sistema deliberativo disfuncional (decisiones que resultan de un *procedimiento viciado*); o iii) son el resultado circunstancial de un proceso de toma de decisiones que no consideró ciertos argumentos relevantes, o que de otra manera no aseguró la justificación pública de sus conclusiones (decisiones basadas en una *deliberación imperfecta*). Esto hace necesario organizar el sistema institucional para que el mismo –como alega Cass Sunstein– “favorezca una deliberación no distorsionada por el poder privado”<sup>68</sup>. En resumen, un sistema delibe-

---

<sup>66</sup> Típicamente, BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, Connecticut: Yale University Press (1969).

<sup>67</sup> Un libro clásico en la materia, DAHL, R., *Pluralist democracy in the United States*, (1967).

<sup>68</sup> SUNSTEIN, C., *Interest Groups in American Public Law*, *Stanford Law Review*, 38:29 (1985), 68; HABERMAS, *op. cit.*, 274-286.

rativo bien organizado requeriría la existencia de mecanismos institucionales destinados a mantener y aumentar su carácter deliberativo.

Luego de tomar en cuenta estas consideraciones, podríamos decir que los jueces se encuentran institucionalmente colocados en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. En efecto, el Poder Judicial es la institución a cargo de recibir querellas de todos aquellos que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones. A sus miembros se les exige, cotidianamente, que observen al sistema político, poniendo atención en sus debilidades, fracasos y rupturas. Más aún, los jueces están institucionalmente obligados a escuchar las diferentes partes del conflicto –y no, de modo exclusivo o preferente, a la parte que reclama haber sido mal tratada. En suma, los jueces se encuentran institucionalmente bien situados para enriquecer el proceso deliberativo y ayudarlo a corregir algunas de sus indebidas parcialidades. Como consecuencia de su posición institucional y de los medios con los que cuentan, los jueces tienen buenas probabilidades de favorecer el buen funcionamiento del proceso deliberativo.

La segunda aclaración, mientras tanto, se refiere al hecho de que los magistrados cuentan con amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia la autoridad popular, y respetuosa por tanto de la voluntad democrática, ya que poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar en consecuencia. Ellos pueden, por caso, bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a pensar de nuevo sobre ella; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe ser corregida en un tiempo límite, sin ponerse en el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando la decisión final en las manos del último. Esto es decir, existen formas y medios apropiados para la intervención judicial, que pueden justificar reglas de acceso a la justicia y litigio abiertas y flexibles, plenamente compatibles con una vida democrática basada en un diálogo inclusivo. El punto es importante, ya que solo esas intervenciones judiciales –relacionadas con formas y medios específicos, pero no otras– podrían celebrarse como valiosas y aun necesarias dentro de una democracia conversacional.



# POTENCIALIDAD DE LOS SISTEMAS TRANSFORMATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS PROCESOS CIVILES REFORMADOS DE AMÉRICA LATINA

ROSA MARÍA OLAVE

## INTRODUCCIÓN

En espera de una mayor inclusión de la ciudadanía en la vida del colectivo social, parece trascendente plantearse si la actual forma de resolución de los conflictos jurídicos que de manera más frecuente afectan a los miembros de dicho colectivo, tanto en sus relaciones de familia, vecinales, laborales, comerciales y/o patrimoniales, en otras palabras, conflicto de carácter civil o no penal, cumple con los requerimientos de participación de las personas involucradas en ellos.

Si la manera de resolver los conflictos se presenta como desfasada frente a la realidad social actual, en que muchos ciudadanos se empiezan a alejar de posturas pasivas que les caracterizaron por décadas, para asumir una de crítica y exigencia frente al Estado, entonces, este debiera proporcionar un sistema para que los conflictos se solucionen, en una plataforma altamente inclusiva, amplia, y estructurar nuevas respuestas desde el sistema de justicia, como los mecanismos de solución colaborativa de conflictos, donde apenas se produzca una diferencia y de acuerdo a la naturaleza del conflicto, se busquen alternativas de solución más apropiadas, evitando así que se escale a situaciones de mayor confrontación.

Así, resulta evidente que la apertura de los sistemas procesales hacia los afectados por el conflicto jurídico que requiere solución es no solo un anhelo participativo, sino que una exigencia de la sociedad

actual. Esta exigencia, en diversos países latinoamericanos, ha llevado a la inclusión de opciones no adversariales de resolución de los conflictos, tanto en el ámbito del derecho de familia, como en relación a los conflictos vecinales, laborales y en general, en el ámbito de las mal llamadas “pequeñas causas”, esto es, de los conflictos de connotación jurídica que involucran cuantías económicas menores.

Este esfuerzo por abrir el abanico de soluciones más allá de la propia del proceso judicial, tendiente a la dictación de una sentencia inmutable y con fuerza obligatoria, ha sido, hasta ahora, asistido con sistemas de resolución alternativos de clara orientación hacia la negociación, en el modelo más tradicional conocido como el de Harvard<sup>69</sup> que parte, en general, de la premisa de la igualdad de las partes del conflicto y por tanto, de la intervención absolutamente imparcial del facilitador, pero con escasa intervención de otros modelos o incluso, de otras opciones no adversariales, ya sea la conciliación, la mediación o el arbitraje, que se han abierto camino de manera paulatina y siempre de manera más bien disociada del proceso judicial, como una opción casi opuesta al mismo, aun cuando el objetivo de ambos sea común, la resolución del conflicto jurídico que afecta a las partes.

En este sentido, parece importante destacar modelos de resolución transformativa de conflictos, y contrastarlos con el escenario actual de los procesos judiciales de resolución que aún siguen la estructura de largas fases de discusión y prueba llevadas principalmente por escrito y con distancia de parte del juzgador, como ocurre, por ejemplo, con los procedimientos civiles vigentes en Chile, en que solo se ha legislado para incluir procedimientos orales concentrados y dinámicos, con participación activa y propositiva de parte del juez en materias muy acotadas, como son las relativas a conflictos de familia y laborales, pero manteniendo un procedimiento escrito para todas las demás cuestiones no penales.

En el mencionado procedimiento civil escrito, no existe imperativo legal alguno que exija a las partes involucradas intentar resolver el conflicto por vías colaborativas, salvo en muy acotadas materias, como la partición de comunidades de bienes y la liquidación de sociedades, en que se exige que el proceso se sustraiga del conocimiento de los tribunales ordinarios para entregarlo al de jueces árbitros, lo que no es garantía de dinamismo ni colaboración, dado que estos

---

<sup>69</sup> FISHER, R., y URY, W., *Sí, de Acuerdo*, Grupo Editorial Norma. Bogotá, Colombia, (1993).



árbitros en general, abogados externos a la judicatura ordinaria que están llamados a fallar de acuerdo a las prescripciones legales estrictas, aplicando la ley igual como lo haría un juez tradicional; y el caso aislado de los conflictos relacionados con indemnizaciones por mala praxis médica u otros daños derivados de atenciones de salud, en que se exige como requisito de procesabilidad, es decir, como requisito previo a la interposición de la demanda judicial, el someter el asunto a una fase de mediación que no puede extenderse más allá de un breve plazo y que se lleva ante mediadores externos al Poder Judicial, pero acreditados como tales.

En relación a lo señalado, surgen algunas preguntas: ¿Son compatibles modelos transformativos de conflictos con este tipo de procedimientos judiciales? ¿Se podrán tomar medidas concretas y factibles para que la solución transformativa de conflictos tenga presencia efectiva en la resolución de los conflictos civiles sometidos a procedimientos escritos no reformados? Estos son algunos de los temas que en este artículo se intenta dilucidar.

## **I. NOCIÓN DEL CONFLICTO DESDE UN MODELO DE TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS Y SUS APORTES A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE CARÁCTER CIVIL**

En general, se entiende como conflicto un combate, una lucha o enfrentamiento. En definitiva, una situación adversarial en la que se enfrentan al menos dos posturas diversas y fundamentalmente contradictorias, que buscan ser impuestas por unos sobre la voluntad de los otros. Esta divergencia ciertamente produce efectos no deseados, partiendo por soterrar un anhelado estado de paz y tranquilidad en el que las personas buscan desarrollar sus vidas, el que se ve interrumpido por un enfrentamiento con otro, ya deseado o no, que distrae atención y recursos y que, por lo mismo, se pretende acotar lo más posible en cuanto a su alcances, tanto temporales como de efectos ya sea en el patrimonio de las personas, en su libertad o, al menos, en el desarrollo habitual de sus vidas.

A este deseo de solucionar el conflicto, el Derecho responde con la implementación de procesos de índole jurisdiccional, mediante los cuales el conflicto es planteado a la decisión de un tercero imparcial y poderoso, capaz de determinar cuál es la solución que el ordenamiento jurídico prevé para el caso concreto, estableciendo prestaciones obligatorias o sanciones a las partes del conflicto, las que pueden ser exigidas incluso con el auxilio de la fuerza pública.

Esta solución heterónoma del conflicto es la propia de los procesos civiles, en los que se ven enfrentados los intereses de partes antagónicas, las cuales asumen una postura más bien rígida en defensa de derechos e intereses que consideran más o menos absolutos y en la convicción, más o menos fundada, de que el sentenciador dirimirá a su favor el asunto, por lo que en general se muestran ajenas a la posibilidad de buscar una vía distinta de solución, distantes de quien aparece como contendor de sus intereses.

En cambio, desde un enfoque transformativo de conflictos la dimensión antagónica permanente e insoslayable tiende a desaparecer y se reconoce que el conflicto es una dinámica normal y continua, que está presente desde siempre en las relaciones humanas. Por ello, el enfoque transformativo promueve una mayor comprensión de los patrones subyacentes al conflicto a fin de que, a partir de los mismos, se construyan soluciones creativas que mejoren las relaciones entre las partes en conflicto.

Edy Kaufman<sup>70</sup> plantea que el conflicto puede ser visto como una fuerza constructiva o destructiva, dependiendo de cómo sea manejado y cuáles puedan ser sus resultados, debiendo distinguirse los diferentes procesos que pueden surgir respecto al conflicto, distinguiendo la “transformación” de los términos más tradicionalmente utilizados como son los de “resolución”, “manejo” o “reducción” de conflictos, entendiendo por “transformación” de conflictos un modo de abordar la situación que parece más apropiado a la expectativa de inducir un cambio de actitud y ofrecer las herramientas necesarias para que ambas partes en conflicto alivien las tensiones y superen paso a paso cada uno de los problemas que se presentan a lo largo del camino reparador, avanzando con ello a mayores niveles de entendimiento.

La transformación promueve, entonces, la comprensión de los patrones subyacentes al conflicto, al tiempo que construye soluciones creativas que mejoren las relaciones.

Esta visión es resumida por John Paul Lederach<sup>71</sup> cuando dice: “A diferencia de la resolución o la gerencia, la idea de transformación no sugiere que simplemente eliminemos o controlemos el conflicto, sino

---

<sup>70</sup> KAUFMAN, E., *Construcción de Paz y Diplomacia Ciudadana en América Latina y el Caribe* (2008).

<sup>71</sup> LEDERACH, J. P., *El pequeño libro de la transformación de conflictos*. Bogotá, Iglesia Cristiana Menonita de Colombia. Centro Cristiano para la Justicia, Paz y Acción No Violenta, Bogotá (2009).

que apunta descriptivamente a su naturaleza inherentemente dialéctica. Es un fenómeno que transforma eventos, las relaciones atravesadas por el conflicto, de hecho cambia a sus propios protagonistas” (Lederach, 1996). En otras palabras, transformar implica que el conflicto genere cambios. Ahora bien, que el cambio sea positivo o negativo, dependerá en gran medida de la forma en que este sea abordado.

Entonces, el concepto de *transformación* se utiliza para enfatizar que los conflictos son vistos como procesos vitales en el desarrollo de las sociedades, con potencial destructivo o productivo, buscando el logro de procesos y resultados constructivos y mutuamente beneficiosos. A nivel de los actores, busca el desarrollo de ciertas capacidades en los participantes, el empoderamiento de los actores más débiles y su reconocimiento, y desde el punto de vista del sistema político, la transformación apunta al cambio institucional hacia marcos normativos y procedimientos más incluyentes y democráticos. El enfoque transformativo pone atención tanto en el conflicto manifiesto y en sus urgencias, como en las relaciones, los contextos y las estructuras que intervienen en él.

Para Lederach, la transformación del conflicto se basa en dos premisas fundamentales: la primera consiste en que el conflicto es un fenómeno normal y dinámico dentro del contexto social y la segunda, en que el mismo conflicto tiene el potencial necesario para generar cambios constructivos y, dependiendo de su manejo, podrá tener efectos negativos o positivos.

Este autor plantea que el conflicto es una oportunidad de crecimiento y un motor de cambio que responde a las necesidades humanas, y que para transformar el conflicto de manera positiva, es fundamental pasar de un ciclo destructivo del conflicto a uno constructivo, para lo cual es necesaria la noción de proceso, en el que las relaciones y conexiones juegan un rol fundamental. Según él, el conflicto surge y se desarrolla dentro de una red de relaciones y son justamente estas las que van configurando el conflicto.

Otros autores, como Christopher Moore<sup>72</sup>, comparten esta visión transformativa, señalando que el conflicto no necesariamente es destructivo, pudiendo tener un lado positivo. Así, mientras afirma que el conflicto tiene siempre un componente destructivo, este no es del

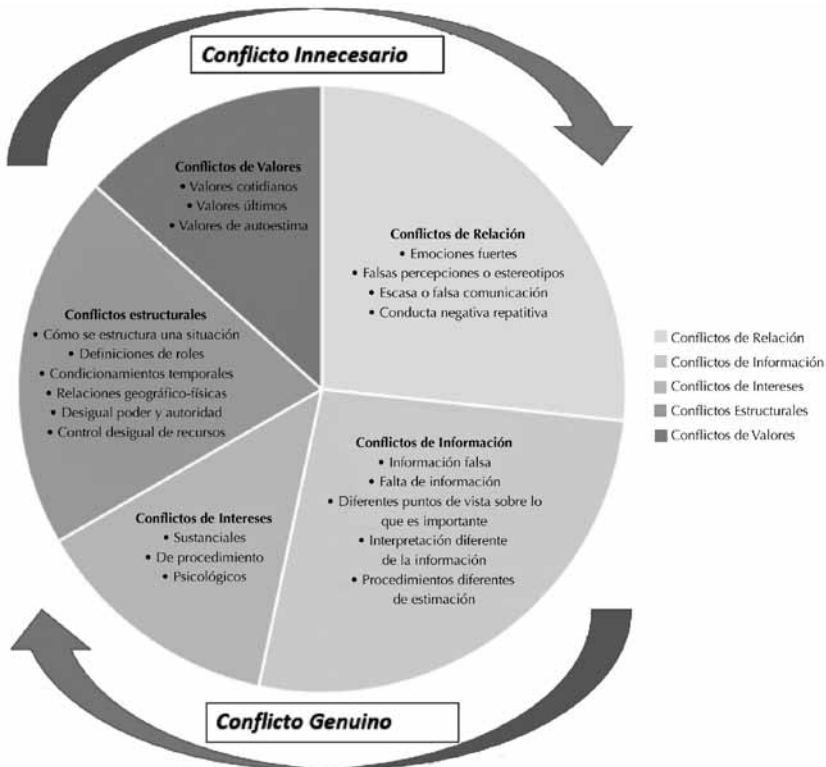
---

<sup>72</sup> MOORE, C., *Documento Negociación y Mediación*. Editorial Gernika Gogoratuz. (2004).

todo inevitable ni tampoco refleja un aspecto incontrolable de la naturaleza humana, siendo este el lado positivo del conflicto, en el que se promueve la comunicación, la solución de un problema y los cambios positivos para quienes están involucrados en un conflicto. Visión que es compartida, también, por Coser y Deutsch (Coser - 1956, Deutsch - 1973).

Según señala Moore, entre las causas centrales del conflicto, e independientemente del tipo de conflicto de que se trate, es posible identificar o distinguir problemas de relaciones entre las personas, problemas de información, intereses verdaderamente incompatibles o percibidos como tales, fuerzas estructurales y problemas de valores que las enfrentan, desarrollándose en conflicto de manera circular, tal como lo plantea en el siguiente esquema.

### Círculo del Conflicto (C. Moore)

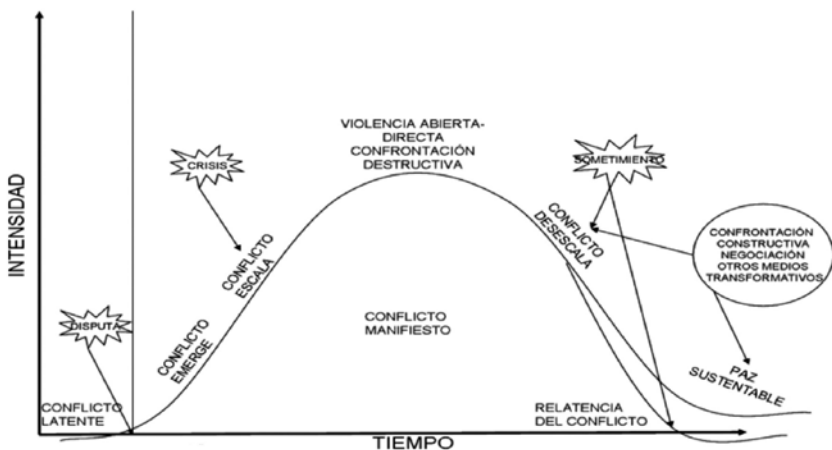


Fuente: C. Moore (1994).

Adam Curle y Johan Galtung también se han distinguido en el desarrollo del paradigma de la transformación de los conflictos, enfatizando las raíces profundas del conflicto, las percepciones, los valores y las actitudes que presentan los actores del conflicto.

### Gráfico

CICLO DE VIDA DE UN CONFLICTO



Fuente: Reformulación de Ana Cabria Mellace en base a los trabajos de Adam Curle.

Así, también, esta comprensión del conflicto asume que el mismo atraviesa por varias etapas. Para Adam Curle<sup>73</sup>, esas etapas se visualizan al considerar el ciclo de vida de un conflicto en que se suceden desde una etapa de latencia en una progresión hacia una etapa de crisis o estallido del conflicto, esto es, cuando el conflicto sale a la superficie, se hace visible y genera la urgencia de solución.

En etapa del conflicto latente, existe la incompatibilidad de objetivos entre dos o más partes, lo que puede llevar a un conflicto abierto. En esta etapa, el conflicto no es visible por todas las personas, aunque es probable que una o más partes estén conscientes del potencial que existe para una confrontación. Puede haber tensiones en las relaciones entre las partes y deseo de evitar contacto entre ellas.

En la etapa del conflicto manifiesto o escalamiento, este se manifiesta más abiertamente. Las relaciones entre las partes se vuelven muy

<sup>73</sup> CURLE, A., *Making Peace*, London: Tavistock Press (1971).

tensas y conducen a la polarización entre las bases o apoyos de cada una. Se registran hostilidades mutuas.

En la etapa de confrontación, el conflicto se vuelve más tenso. Las partes establecen alianzas con otros actores y la comunicación entre ellas se resquebraja.

La etapa de crisis es el punto más alto del conflicto, cuando la tensión es más intensa y estalla la violencia.

Es importante señalar que no todos los conflictos se resuelven considerando un modo determinado. En general, dependiendo del estado del conflicto, el comportamiento y actitud de las partes, se necesitarán distintos abordajes, considerando cuál es el momento adecuado para cada uno.

Se puede señalar que los conflictos que se resuelven tomando en cuenta los intereses de las partes involucradas tienden a ser más efectivos y duraderos que los que son consecuencia de una solución impuesta por un tercero.

Lederach comparte con Curle la comprensión del conflicto bajo su tránsito por varias etapas, pero enfatizando el dinamismo de la conflictividad. Por ello, Lederach se basa en el modelo desarrollado por Curle, donde el conflicto tiene una progresión a lo largo de un continuo que va desde una relación no pacífica a una pacífica, enfatizando que la intervención en el conflicto debe ocurrir en función de la transformación del mismo desde relaciones asimétricas y no pacíficas de poder hacia relaciones simétricas y orientadas al desarrollo pacífico y constructivo.

**Transformación de conflictos asimétricos**

	Relaciones pacíficas	Relaciones no pacíficas	
Balace de poder		3. Negociación	4. Desarrollo pacífico →
Desbalance de poder	1. Concientización	2. Confrontación	
	Conflicto latente	Conflicto abierto	

Fuente: Curle, 1971; Lederach, 1995; Ramboath, 2001<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> LEDERACH, J. P., *Building Peace: Sustainable Reconciliation in divided societies*. United States Institute of Peace Press, Washington DC (2008), pp. 64-66.

La matriz propuesta por Lederach<sup>75</sup> es útil para ubicar dónde estamos en un conflicto dado y para sugerir acciones destinadas a su solución, las que para Curle son acciones potenciales que las partes podrían querer realizar en un tiempo determinado.

Mientras el conflicto está latente, existen contradicciones entre objetivos que no son percibidas por los actores o bien están naturalizadas.

Esta evolución puede moverse desde la latencia del conflicto de relaciones estáticas no pacíficas hacia una etapa de confrontación a partir del aumento de la conciencia de la contradicción de objetivos que puede evolucionar hacia la crisis. La matriz permite ir comparando los niveles de poder con los niveles de conciencia de que existen intereses y necesidades en conflicto y describe tres funciones clave en la pacificación que se identifican en esta progresión hacia el cambio, que son: la educación/concientización, la defensa (o promoción) y la negociación (que puede incluir mediación, es decir, la participación de un tercero que asista de forma imparcial al proceso de negociación).

Desde la perspectiva del proceso civil, el conflicto tiene un ciclo de vida más o menos similar en todos los casos, iniciándose como una contienda eventual en la que ambas partes del conflicto mantienen posturas encontradas y que, al menos en principio, se sienten afectadas en diversas dimensiones, llegando a centrar gran parte de la energía en pensar en el conflicto, imaginar reacciones de parte de la otra parte conflictuada y buscar respuestas que aclaren las posibles consecuencias o alcances que tendría el conflicto en sus vidas y patrimonio, en caso de que se llegase a judicializar.

Luego, una vez que el conflicto ha sido judicializado, etapa en que la se puede hablar propiamente de un conflicto judicial, en que las partes están confrontadas, con claras consecuencias jurídicas para las partes involucradas, estas se posicionan cada una en un extremo de la relación, cesa en general el diálogo e incluso el contacto más mínimo entre ellas, suspenden relaciones personales o incluso comerciales que las unían antes de judicializar el conflicto y se atrincheran al resguardo de sus asesores jurídicos y representantes judiciales, a quienes suelen entregar la dirección del diálogo con la contraparte, renunciando a ser ellos –los protagonistas del conflicto–, quienes protagonicen, también, la solución.

---

<sup>75</sup> *Íbidem.*

Más tarde, una vez concluido el proceso judicial, el conflicto ya “resuelto”, lejos de desaparecer de la vida de las partes, queda igualmente instalado a partir de la propia “solución” dada por el juez, dejando a las partes como antagonistas y en posición de vencedor y vencido, aunque no pocas veces, como vencido ambos, lo que ocurre cada vez que la sentencia dictada por el juez concede solo una parte de lo solicitado por el demandante, admitiendo también en parte las defensas del demandado. En estos casos, ninguna de las partes se siente vencedora al final del proceso.

Pero, no es esta sensación de fracaso la peor consecuencia del proceso judicial concluido sino que la peor parte radica en que las personas involucradas en el conflicto han invertido mucho tiempo y recursos en la tramitación del proceso judicial, han ido sembrándose expectativas a lo largo del mismo y la ruptura en la relación personal que mantenían antes del juicio con quien ha sido contraparte en el mismo, perdurará como irremediablemente afectada, en general rota de manera permanente. Ello, aun cuando una de las partes se sienta vencedora en relación al resultado del proceso, porque la otra siempre le guardará rencor, el tercero que ha intervenido imponiendo la ley ha hecho justicia en cuanto ha aplicado el Derecho, pero rara vez ha logrado salvar con ello la paz.

## **II. LAS DIVERSAS DIMENSIONES DEL CONFLICTO DESDE UN ENFOQUE TRANSFORMATIVO DE LOS CONFLICTOS CIVILES**

En el enfoque jurídico del conflicto se plantea al conflicto como un efecto indeseado de las relaciones jurídicas existentes entre las partes y, por lo mismo, un efecto torcido o erróneo, un resultado que las partes no han pretendido generar a partir de sus conductas y que, por lo mismo, les acarrea consecuencias desagradables cuya extensión en el tiempo debe ser evitada, propendiendo a que no altere más allá de lo estrictamente inevitable el normal desarrollo de la vida y de la cotidianidad de los involucrados.

Por lo mismo, el conflicto es sistemáticamente aislado de las distintas esferas de conducta y desarrollo de las personas que se ven afectadas por él y se busca constantemente objetivarlo, esto es, analizarlo con prescindencia de los demás aspectos de la vida de quienes se ven envueltos por el conflicto. Así entonces, este es entregado al análisis de un tercero imparcial que conocerá del mismo solo en la medida en que los representantes judiciales de las partes le aporten antecedentes acotados y que acrediten la efectividad de dichos antecedentes



fácticos o de hecho por los medios de prueba que permita la ley, para que a partir de esos hechos así establecidos, el sentenciador recree la situación de conflicto, como una fotografía estática de lo ocurrido en un tiempo pasado (aunque sus efectos se hubieren proyectado hacia el futuro y permanezcan aún al momento del proceso). Solo a partir de esta recreación estática de los hechos pasados es que el juez aplicará las normas jurídicas vigentes e impondrá a las partes en conflicto la realización de ciertas conductas a modo de solución a la contienda, fijando vencedores y vencidos.

En cambio, para un análisis transformativo del conflicto, es importante comenzar tomando conciencia que, tal como lo explica Lederach<sup>76</sup>, el conflicto supone cambios e impacta en distintos niveles de la vida personal y social de quienes intervienen o se ven afectados por él. Así, el conflicto impacta a nivel personal al generar cambios en el individuo, sean estos deseados o no, a la vez que implica efectos en los aspectos cognitivo, emocional, perceptivo y espiritual de la experiencia humana. Las personas son afectadas por un conflicto tanto positiva como negativamente. Por ejemplo, en su bienestar físico, la autoestima, la estabilidad emocional, la capacidad para percibir con precisión la realidad y la integridad espiritual del individuo. En este escenario, la solución transformativa del conflicto busca realizar una intervención deliberada del conflicto para minimizar sus efectos destructivos sociales y maximizar su potencial para que los individuos se desarrollen física, emocional y espiritualmente.

A nivel relacional, los cambios ocurren en las relaciones interpersonales. Las emociones, el poder, la interdependencia y los aspectos comunicacionales e interactivos del conflicto ocupan un lugar central. Los patrones de comunicación e interacción son afectados por este. La transformación va más allá de los temas visibles y se concentra en los cambios subyacentes que produce el conflicto en el modo en que las personas perciben lo que ellos buscan y cómo estructuran sus relaciones con los demás, en base a aquello. Esto es muy importante, ya que el conflicto pone de manifiesto cuán lejos o cerca desean estar las personas, cómo van a usar y compartir el poder, aquello que perciben de sí mismos y de otros, y qué patrones de interacción desean tener. La transformación representa una intervención intencional para minimizar las barreras y distorsiones propias de la comunicación en contextos de conflicto, y maximizar la comprensión

---

<sup>76</sup> LEDERACH J. P., *Pequeño libro de la transformación de conflictos*. Bogotá, Buenos libros. (2008).

mutua. Esto implica esfuerzos para sacar a la superficie, de manera más explícita, los miedos relacionales, las esperanzas y objetivos de las personas involucradas.

Ahora bien, en cuanto al nivel estructural, la solución transformativa resalta las causas subyacentes del conflicto y pone el acento en los modos en que las estructuras sociales, organizaciones e instituciones están construidas y cómo son modificadas por el conflicto. Se trata de considerar la manera en la que las personas construyen y organizan las relaciones sociales, económicas e institucionales, para atender las necesidades humanas básicas, y cómo se permite el acceso a los recursos y a la toma de decisiones. La transformación buscará, por un lado, comprender las condiciones sociales que dan lugar al conflicto y el modo en que este se relaciona con la estructura en las instituciones sociales, políticas y económicas existentes; y, por otro lado, buscará promover mecanismos no violentos que reduzcan la interacción de confrontación, mientras aumentan el nivel de justicia y minimizan la violencia.

Y en el nivel cultural, la solución transformativa alude a los modos en los que el conflicto modifica los patrones de la vida grupal y la forma en que la cultura afecta el desarrollo de procesos para manejar y responder al conflicto. La transformación tratará de poner en evidencia los patrones culturales que, en un contexto determinado, contribuyen a la violencia; e identificar los recursos culturales y los mecanismos existentes para el manejo del conflicto, de tal forma que se pueda construir en base a ellos.

Finalmente, llevando estas dimensiones descritas por Lederach al ámbito del proceso civil, se puede afirmar que quien está en conflicto, una vez ya ha sido afectado por este en sus dimensiones personal, relacional y social, será nuevamente afectado en ellas, al judicializar el asunto, debiendo sufrir nuevas consecuencias del conflicto, ahora, como resultado de su exposición en el juicio, y todas las consecuencias que este tiene en la vida de las personas.

En efecto, la judicialización del conflicto implica, necesariamente, la afectación de la persona, al menos, en sus dimensiones personal y relacional. Ello, puesto que, en general, la persona en conflicto sentirá angustia ante la incertidumbre del resultado del proceso judicial que se ha iniciado, aun cuando lo hubiere iniciado él mismo y más aún, si lo ha iniciado su contraparte en el conflicto, pero también, se verá angustiado en cada una de las etapas del proceso, puesto que todas y cada una de ellas le impondrá un esfuerzo, una tarea específica como la de entregar antecedentes para que su representante elabore las lí-

neas argumentativas de su defensa, la de recolectar pruebas que den cuenta de la veracidad de lo que ha sostenido en el juicio, etc.

Todo esto en miras a un resultado del todo incierto dependerá en gran parte de la rendición oportuna e inteligente de la prueba, del planteamiento acabado y estratégico de las argumentaciones y, no pocas veces, de la experticia procesal y formalista de sus asesores, todo lo cual confabula para que el afectado se sienta disminuido en sus propias capacidades, inmerso en un ambiente procesal excesivamente formal y a veces riguroso que se desarrolla con un lenguaje no empático y con dinámicas de demostración de poder que en nada aportan al empoderamiento de los verdaderos afectados del conflicto.

Por otra parte, se sentirá permanentemente escrutado, desde el inicio del proceso, en el cual deberá convencer a su propio abogado de la plausibilidad de su postura ante el conflicto y de la justicia de su causa, para luego convencer a su núcleo más cercano respecto de la conveniencia de la decisión tomada y de la estrategia emprendida, de la necesidad del tiempo y de los recursos invertidos en esta aventura cuyo resultado exitoso no puede asegurar. Sin duda que esto afecta no solo la dimensión personal, sino que ciertamente la relacional del afectado por el conflicto y terminará mermando, también, su dimensión social, puesto que en lo sucesivo su vinculación con el medio será distinta, y la situación adversarial generada con quien compartió el conflicto, y que ahora es su contendor en el proceso civil, involucrará a sus más cercanos, quienes tendrán que tomar parte por uno u otro, ya sea apoyándolo financieramente para los gastos del juicio, prestando declaración como testigo del asunto, etc.

En lo duradero, la experiencia de participar en un proceso civil, que en general se extiende más allá de lo esperado y concluye sin satisfacer completamente a ninguno de los afectados, provoca en las personas un estado general de desconfianza en las relaciones sociales, puesto que ya han experimentado el estrés y la desazón de una solución no exitosa o, al menos, no empática del conflicto.

### **III. LAS DIMENSIONES DEL CONFLICTO Y EL EMPODERAMIENTO DE LAS PARTES, COMO AGENTES DE CAMBIO PARA UNA SOLUCIÓN INTEGRAL Y SOSTENIDA DEL CONFLICTO**

En palabras de Lederach, la solución transformativa del conflicto es más que un método de solución, es una forma de mirar o enfrentar el

conflicto de manera de considerar en él no solo la situación puntual que lo evidencia, sino que el sustrato del cual surge y, adicionalmente, el marco conceptual que permite unir la situación puntual con el conflicto subyacente.

Así, Lederach plantea que *“La transformación del conflicto es una forma de mirar, pero también de ver”*<sup>77</sup>, aludiendo a la necesidad de comprender el conflicto más allá del episodio conflictual recientemente evidenciado, aportando diferentes lentes u ópticas para la observación del mismo, los que describe señalando: “Primero, necesitamos un lente para ver la *situación inmediata*. Segundo, necesitamos otro para ver más allá del problema que se presente, encaminado a los *patrones más profundos de relación*, incluyendo el contexto en el cual el conflicto halla su expresión. Tercero, necesitamos un *marco conceptual* que mantenga estas perspectivas unidas y que nos permita conectar el problema emergente con los patrones más profundos de relaciones”. Este marco conceptual resulta indispensable y de gran ayuda, puesto que permitirá unir la situación puntual que desencadenó la búsqueda de solución al conflicto, con el estrato permanente de relación entre las partes, creando una plataforma que permite no solo la búsqueda colaborativa de una solución para el conflicto desencadenante, sino que, también, la construcción de cambios permanentes que permitan evitar situaciones similares en el futuro.

El citado autor es pedagógico al explicar que la dimensión personal del conflicto se refiere a los cambios experimentados en la situación presente de la persona conflictuada y que han afectado su entorno. Estos cambios, para ser constitutivos de conflicto, implican resultados no deseados por la persona, son cambios provocados en su entorno inmediato y presente, los que no cumplen con las expectativas que se había forjado sobre una situación determinada y como le afectan de manera negativa cierran su posibilidad emocional y cognitiva, impidiéndole captar el real alcance del conflicto y sus posibles soluciones, al no permitirle generar canales de comunicación con aquel de quien tenía las expectativas que ha visto frustradas.

A su vez, el conflicto impacta la dimensión relacional de quien está conflictuado, esto es, sus relaciones con los otros, ya sean afectivas, laborales, de poder o interdependencia, puesto que en lo personal se ha visto imposibilitado emocional y cognitivamente de analizar lo

---

<sup>77</sup> LEDERACH, *op cit.*, p. 55.

ocurrido y de generar vínculos colaborativos con aquel que participa junto a él del conflicto. Por lo mismo, se ve impedido de comunicarse e interactuar, puesto que los patrones de comunicación y relación que ha utilizado hasta ahora le han fallado.

Por lo tanto, el conflicto genera en el afectado la duda de si aquel cuya conducta lo conflictúa ha tenido una percepción correcta de él, respeta la relación que los une, valora su dignidad de persona, considera sus necesidades, etc. Surgen así los temores del sujeto de continuar con una relación interpersonal que no parece haberse conducido por los canales más adecuados, puesto que en el hecho ha dado resultados opuestos a las expectativas que había cifrado sobre ella.

De manera ilustrativa se puede imaginar que nacerá un conflicto entre vecinos cuando uno de ellos ve bloqueado el acceso al portón de entrada de su casa por el vehículo de la persona de la casa aledaña quien ha estacionado su automóvil justo en frente, así como existirá conflicto entre los padres divorciados cada vez que aquel que ha quedado a cargo del cuidado personal de los hijos se vea imposibilitado de cumplir los compromisos económicos propios de la vida familiar por el atraso en los pagos de pensiones alimenticias de parte del otro padre. Sin duda que ni el vecino ni el padre al cuidado de los hijos esperaban que la situación ocurriera de la forma en que ha ocurrido. El vecino quería acceder libremente a su portón de entrada y sacar su vehículo en cualquier momento, sin tener más molestia que la de abrir su portón y quien está al cuidado de los hijos esperaba cubrir todas las necesidades económicas de ellos sin tener que recurrir a endeudamiento ni trabajar más horas que las acostumbradas a fin de elevar sus ingresos para suplir lo no aportado por el otro.

En los ejemplos dados, la entrega de los conflictos a una solución heterónoma puede significar que en el mediano plazo el vecino obtenga acceso a su portón de salida y que el padre a cuyo cargo están los niños disponga por una vez de una cierta suma de dinero exigida a su ex pareja. Pero, esta vía de solución raramente podrá asegurar que el otro vecino no vuelva a obstaculizar la entrada o que el otro padre cumpla con habitualidad los depósitos para solventar los gastos mensuales de los hijos, puesto que se trata de cambios conductuales permanentes que solo surgirá en la medida en que quien deba evidenciarlos comprenda la importancia de ellos y modifique voluntaria y conscientemente su conducta.

Por lo expuesto, resulta evidente el valor social de los métodos transformativos de conflictos y con ello, la importancia que tiene el agente

o tercero que colaborará con las partes en conflicto, principalmente a la hora de empoderarlas frente al conflicto, a fin de que asuman el rol protagónico en la solución del mismo.

Parte importante de este “empoderamiento” de las partes se logra al permitirle a cada uno aportar soluciones creativas en el proceso de resolución del conflicto, lo que no ocurre en el caso de las soluciones heterónomas, dado que en ellas las partes esperan de manera pasiva el veredicto dado por un tercero, frente al cual podrán o no recurrir a instancias jerárquicas superiores, dependiendo del procedimiento legal al que estén sometidas.

En cambio, un proceso transformativo del conflicto puede permitir analizar diversas alternativas de solución, más creativas, propuestas por los protagonistas del conflicto, como por ejemplo el intercambio de estacionamientos entre los vecinos, en el caso de que quien bloqueó la entrada lo hiciera porque su vehículo es muy largo como para dejarlo dentro de su garaje, o como en el caso de los padres divorciados, reestructurar el presupuesto destinado a los gastos de vida de los niños, rebajando ciertos gastos como el de traslados con el cambio de domicilio a uno más cercano al colegio o con la entrega del aporte económico no solo en dinero, sino que, por ejemplo, asumiendo cada uno de manera directa ciertos ítems de gastos, como el pago directo de la colegiatura o la compra de alimentos, etc.

La flexibilidad de solución es propia de los métodos transformativos puesto que surge a partir de la exposición de las expectativas y necesidades de cada uno de los afectados por el conflicto, apareciendo naturalmente el diálogo y el aporte de ideas respecto de eventuales soluciones que permitan cumplir las expectativas de cada uno sin afectar las de los otros implicados, ni menos, la relación que los une, más allá del conflicto.

Es destacable, también, que en los procesos transformativos de conflictos, las partes toman conciencia de la necesidad de superar la situación de conflicto, lo que en general no ocurre en los procesos adversariales heterónomos, en los que es la parte demandante la que se ha preparado para el proceso y lo ha asumido de manera consciente y voluntaria, ha buscado el consejo profesional adecuado y ha sopesado los pros y los contras de iniciar un proceso judicial. En cambio, el demandado ha sido sorprendido, no ha tenido tiempo de asumir debida y conscientemente el conflicto, se ve presionado por los plazos legales de comparecencia y por la necesidad de asumir los gastos

de un juicio que no esperaba ni quería, todo lo cual le produce una angustia permanente que lo bloquea frente al conflicto, impidiéndole pensar en alternativas más creativas de solución. Ha sido conflictuado de un momento a otro, siente que su contendor tiene ventaja simplemente por haber iniciado el proceso.

Ahora bien, tal como indica Lederach<sup>78</sup>, a consecuencia del impacto en la dimensión relacional surgen cambios de conducta en el grupo social, trascendiendo a la interacción de los sujetos en conflicto e involucrando de manera negativa las relaciones de ellos con los demás miembros del grupo al que pertenecen. Así, en los ejemplos señalados, los hijos del vecino que se ve afectado por la obstrucción a su entrada de vehículos ya no jugarán con los hijos de aquel que estacionó su vehículo frente a la entrada, dejarán de caminar juntos al colegio y ya no colaborarán en las tareas domésticas que antes compartían, como barrer la acera, cortar el pasto aledaño, cuidar la casa del vecino cuando está fuera de la ciudad, recoger su correspondencia, etc. Y de igual manera, los hijos del padre que no recibe puntualmente el aporte económico de su ex pareja dejarán de realizar actividades extraescolares pagadas, generarán sentimientos hostiles con el padre incumplidor y con el otro, que ya no les puede dedicar el tiempo que les destinaba antes de asumir mayores compromisos laborales, en casa no se podrá hablar abiertamente del conflicto porque generará discusiones con los hijos, etc.

En síntesis, los patrones de conducta habitual se ven transformados a consecuencia de la experiencia de conflicto vivida, y este cambio no solo se produce en la relación existente entre aquellos inmersos en el conflicto, sino que afecta, también, a sus relaciones con otros y en definitiva, a su conducta social, por lo que Lederach<sup>79</sup> la llama *dimensión cultural* del conflicto.

En un modelo transformativo del conflicto, estas dimensiones son abordadas de manera holística, puesto que se parte del reconocimiento de las distintas ópticas del problema, de manera que asumiendo la afectación personal de quienes están en conflicto, se busca que en lo relacional sea capaz de minimizar la comunicación deficiente y maximizar el común entendimiento con quien, hasta ahora, ve como su contendor. Es esta apertura consciente a una comunicación abierta y distinta a la sostenida hasta ahora la que permite exteriorizar temo-

---

<sup>78</sup> LEDERACH, *El pequeño libro de transformación de conflictos*, Buenos libros (2000).

<sup>79</sup> LEDERACH, *op. cit.*

res, esperanzas y metas, a objeto de buscar soluciones a la situación del conflicto.

Luego, a partir de la apertura relacional, las partes en conflicto podrán abordar el análisis de las causas del conflicto de manera conjunta; en los ejemplos señalados, el vecino explicará que su nuevo vehículo no cabe en su propia entrada y por eso se ve en la necesidad de estacionarlo en la calle, lo que hace a la sombra del único árbol existente a ese lado de la calzada, sin advertir que su vehículo bloquea parte de la entrada de auto de su vecino. Por otra parte, el padre incumplidor podrá comprender que aunque él tenga proyectados sus gastos, ahorros e inversiones en un modelo de economía anual, las necesidades de sus hijos no resisten dicho modelo puesto que, por ejemplo, el servicio doméstico y las actividades extraescolares deben ser pagados mensualmente y, conociendo dicho calendario de pagos, podrá abonar lo necesario para cumplir con ellos, sin perjuicio de entregar el resto de sus aportes anualmente.

Lo anterior llevará necesariamente a que las personas en conflicto identifiquen no solo sus carencias, sino también sus propias faltas o inconsistencias en el ámbito de sus relaciones y con ello, mejoren la interacción con los otros, provocando conductas más conscientes con las necesidades y expectativas de los demás, por lo que este modelo constructivo de manejo de conflictos es una herramienta cierta para la consecución no solo de justicia, sino que, aún más importante, de paz social.

Complementando el enfoque transformativo propuesto por Lederach, otro autor, Joseph Folger<sup>80</sup>, ofrece un enfoque transformativo acerca de la resolución de conflictos, donde plantea la necesidad de contar con una visión transformativa del conflicto, entendiendo a este como una crisis en la interacción humana, en que la experiencia del conflicto dificulta que las personas se comprometan en interacciones con otros de manera constructiva y/o productiva. Los desafíos personales, emocionales y sustantivos que el conflicto suscita para las personas tienden a llevarlas a estados de debilidad y ensimismamiento. Entonces, como las personas tratan de enfrentar los temas conflictivos cuando se encuentran en estos estados, la interacción destructiva tiende a emerger y persistir, lo que impide a las personas entenderse a sí mismas y con otros, y debilita la adecuada deliberación y toma de decisiones de las partes.

---

<sup>80</sup> FOLGER, J., y BUSH, B., *Promesa de la Mediación*, Editorial Granica (1996).



Este autor plantea que la transformación implica cambiar no solo las situaciones, sino también a las personas, y por tanto, a toda la sociedad, donde la meta es un mundo en que las personas no solo estén mejor, sino que ellas mismas sean mejores. Lograr este objetivo implica transformar a las personas, pasar de una condición de seres dependientes (débiles, inseguros) a la de individuos seguros y con confianza en sus propias fuerzas, dispuestos a ser compasivos y sensibles con otros.

Así también señala que otros procesos de resolución de disputas, como por ejemplo la adjudicación o el arbitraje, por la naturaleza del funcionamiento de estos procesos, son mucho menos capaces que la mediación, por ejemplo, de promover en las partes litigantes más fuerza y más compasión, y por lo tanto son menos capaces de alcanzar procesos de transformación.

Folger dice: “La adjudicación inhabilita en distintos grados a los litigantes, porque arrebató a las partes el control del resultado e impone la confianza ciega en los profesionales”. En cambio, el que las personas sean competentes supone que poseen la capacidad de afrontar sus propios problemas, y de considerar a otros.

En el enfoque de este autor, un conflicto es una ocasión de crecimiento en dos dimensiones: la primera que implica el fortalecimiento del yo, y la segunda, que implica superar los límites del yo para poder relacionarse con otros.

Un conflicto enfrenta a cada parte con un desafío o una dificultad, que debe ser resuelta, lo que plantea a las partes la oportunidad de aclarar sus propias necesidades y sus valores, aquello que les provoca satisfacción e insatisfacción. Además les ofrece la ocasión de descubrir y reforzar sus recursos para manejar los asuntos personales y relacionales.

En síntesis, lo que plantea Folger es que el conflicto da a las personas la oportunidad de desarrollar y ejercitar tanto la autodeterminación como la confianza en las propias fuerzas, así también la aparición del conflicto enfrenta a cada parte con otro en una posición distinta, que sostiene un punto de vista opuesto. Este encuentro propone a cada parte la oportunidad de reconocer las perspectivas de otro. Y esto da a la persona la posibilidad de sentir y expresar cierto grado de comprensión y preocupación por otro individuo, a pesar de la diferencia y discrepancia.

Entonces, se puede decir que el conflicto productivo se produce cuando cambia la calidad de la interacción de las partes en conflicto. Y este cambio en la interacción conflictiva ocurre en la medida en la que cada persona pasa de estados de debilidad y ensimismamiento a estados de mayor fortaleza y apertura; y por tanto, en este enfoque, el término “transformación” se refiere a la transformación de la interacción destructiva de las partes en conflicto.

#### **IV. COMPATIBILIDAD DEL MODELO TRANSFORMATIVO CON LA VÍA JURISDICCIONAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Considerando a la jurisdicción como aquella facultad del Estado de resolver las contiendas de relevancia jurídica que se suscitan en el ámbito temporal, con fuerza inmutable y coercitiva, a partir de un proceso tramitado con ciertas garantías de imparcialidad del juzgador y de igualdad de armas para las partes, parece evidente que se trata del ejercicio de un poder público, que implica la resolución del conflicto con miras a la paz social y no necesariamente con intención de mantener o mejorar la relación existente entre las partes de conflicto en una dimensión de futuro, que trascienda la solución dada al caso concreto. Ello, porque la jurisdicción, como función del Estado, obedece al imperativo social de propender al bien común, siendo el principal anhelo del bien común la obtención de la paz social, por lo que es esencial al ejercicio de la jurisdicción que se busque impedir que los sujetos involucrados en un conflicto lo resuelvan por vías autocompositivas de fuerza como son la venganza y el revanchismo, lo que llamamos “hacer justicia por propia mano”, favoreciendo presiones de los poderosos por sobre los más débiles y mermando la gobernabilidad de los pueblos.

Lo anterior implica que el ejercicio de una acción jurisdiccional, sea esta civil o no, importa poner en marcha un aparato estatal destinado a resolver el conflicto actual, siendo incluso un elemento importante para considerar a una persona como “legitimada” en el proceso, es decir, como legalmente capaz y hábil de participar en un proceso judicial determinado, el tener un interés actual en el resultado del mismo, entendiendo que ese interés debe implicar la posible afectación del resultado del juicio sobre ciertos derechos de quien pretende ser parte del proceso, principalmente sobre su patrimonio, cuando estamos refiriéndonos a acciones jurisdiccionales de índole civil.

Además, el referido interés debe ser actual, esto es, el resultado del juicio debe, al menos potencialmente, afectar el patrimonio del sujeto

en el tiempo presente, tan pronto se falle el asunto, así por ejemplo, no cabe a los hijos demandar el pago de las deudas que terceros tengan hacia el padre, porque ellos no son los titulares del patrimonio afectado, aunque las condiciones de vida y salud del padre hagan presumir que pronto heredarán sus bienes, puesto que en el momento del conflicto, en este caso, del no pago por parte de los deudores del padre, ellos carecen de legitimación, más aun, en el ejemplo, existiría ilicitud en cualquier acuerdo al que lleguen con los deudores, como condonación de intereses, concesión de prórrogas, etc., porque se trataría de actos jurídicos de disposición sobre una eventual herencia futura.

Una vez iniciada la vía judicial de resolución de conflicto, es difícil modificar la conducta de sus intervinientes, el escenario ya está conformado para una contienda frente a un tercero ajeno que entregará una solución más o menos estandarizada, enmarcada siempre en los términos solicitados por quien ha dado inicio al proceso, el demandante, siendo este quien pone el primer límite a la discusión al señalar de manera precisa cuál es la prestación que quiere recibir a término del juicio, sea esta el pago de una determinada suma de dinero como indemnización por daños sufridos, el pago de deudas pendientes, la prohibición de ciertas conductas, etc. En los ejemplos señalados anteriormente, la prohibición del parqueo del vehículo del vecino y la imposición de multas en caso de incumplimiento y el arresto del padre alimentante que no cumple mensualmente con la provisión económica impuesta.

Para comprender la incompatibilidad sustancial entre las dos formas de abordar el conflicto a que se ha hecho referencia, por un lado, la de índole jurisdiccional a cargo de una autoridad jurisdiccional externa al conflicto y en posición de superioridad o de autoridad respecto de las partes del mismo y, por otro, la constructiva entregada de manera directa a los intervinientes directos del conflicto, en un pie de igualdad real o provocada, mediante las acciones de empoderamiento de la parte más débil, es útil considerar el concepto de jurisdicción dado por la cátedra especializada. Así, el profesor Mosquera definió la jurisdicción como: *“El poder-deber del Estado, que se radica preferentemente en los tribunales de justicia, para que éstos como órganos imparciales e independientes, resuelvan de manera definitiva e inalterable, con posibilidad de ejecución, los conflictos de relevancia jurídica, que se susciten entre las partes, en el orden temporal y dentro del territorio nacional, y con efecto de cosa juzgada”*<sup>81</sup>.

<sup>81</sup> MOSQUERA RUIZ, M., Citado por Orellana Torres, Fernando. (2005).

De lo dicho, resulta evidente que en el ámbito jurídico el acento, frente a la necesidad de resolver un conflicto, no está necesariamente en la satisfacción última de las necesidades de las partes afectadas por él, sino que se encuentra más bien en el imperativo de restituir el respeto a las normas de convivencia social, estableciendo una solución de carácter obligatorio para las partes, la que se emite con intención de inmutabilidad, permanencia y coercitividad, aludidos en la mención al efecto de “cosa juzgada” como elemento imprescindible de la solución al conflicto y siendo esta aquel efecto que generan las sentencias del órgano jurisdiccional por el cual lo resuelto debe ser cumplido por el vencido, aun por aplicación de la fuerza pública en caso necesario, impidiéndose reabrir el mismo debate con miras a modificar la decisión ya tomada.

El enfoque jurisdiccional del conflicto se explica mayormente si se tiene en cuenta que el Estado se ha obligado a entregar a sus miembros una solución justa de sus conflictos, a cambio de recibir de ellos el ejercicio exclusivo de la soberanía y, principalmente, la renuncia absoluta a la idea de imponer sus pretensiones por vías de hecho, o de “*hacer justicia por propia mano*”. Por lo mismo, el Estado siente que no puede errar en esta tarea y que, junto con entregar la solución al conflicto, debe asegurarse de la legalidad de la adoptada, en caso de que nazca de las propias partes alguna vía alternativa de resolución del conflicto, a las que la doctrina jurídica llama “equivalentes jurisdiccionales”, poniendo el acento en que se trata de reemplazos de la solución heterodoxa dada por el órgano jurisdiccional, cuando lo más lógico, desde la perspectiva transformativa, sea pensar que la solución natural del conflicto es la generada por sus propios afectados y que la respuesta jurisdiccional sería la “alternativa” frente al fracaso de la vía directa.

La pregunta entonces que surge es si es posible la compatibilidad entre un modelo transformativo de resolución de conflictos y las soluciones a través de la vía jurisdiccional, lo que se puede analizar desde distintas dimensiones:

La posibilidad de que las partes asuman mayor responsabilidad en las vías de solución a sus disputas, con la asistencia de terceros que facilitan procesos de colaboración, requerirá por una parte una mayor comprensión del conflicto, en su estructura y dinámica,

Y la búsqueda creativa de posibles soluciones, que respondan a los intereses y necesidades de quienes se encuentran en conflicto, y que

permitan la generación de alternativas que favorezcan el logro de relaciones más armoniosas, justas y pacíficas. Esta mirada, sin duda, puede ser incorporada en modelos más actualizados en las vías jurisdiccionales, ya sea previo a la judicialización de algún conflicto, o durante el proceso de judicialización, ya que el juez podría incorporar en su tarea algunos de los elementos que se han señalado respecto de enfoques orientados hacia la transformación de un conflicto.

Desde la transformación de conflictos se espera que las soluciones a estos sean de carácter constructivo, utilizando la propia dimensión transformativa del conflicto, donde el énfasis está en el logro de mejorar las relaciones entre las partes en un conflicto, a través de un proceso de recuperación del propio poder y generación de empatía entre las partes que permita aprovechar el potencial transformativo del conflicto.

En síntesis, se puede decir que un enfoque transformativo de resolución de conflictos aporta una visión acerca del conflicto, su dinámica y causas, que permite una mejor comprensión de este, ya sea que su solución siga una vía no adjudicativa, o bien, debido al tipo de conflicto, al estado o etapa en el que se encuentra, sea necesaria la vía adjudicativa.

Sin duda, es posible la complementariedad del modelo transformativo, con la vía jurisdiccional de conflictos, toda vez que para buscar soluciones adecuadas y apropiadas a un determinado conflicto, es necesario contar con distintas herramientas e instrumentos que permitan dar las mejores soluciones, y un enfoque transformativo aporta, tanto a los propios mecanismos de resolución colaborativa de conflictos, como también lo puede hacer a modelos más modernos de resolución por vías jurisdiccionales.

## **V. LA OPCIÓN TRANSFORMATIVA ANTES DEL INICIO DEL PROCESO JURISDICCIONAL**

De lo reflexionado anteriormente es fácil comprender que una vez puestas las partes en medio de un proceso jurisdiccional entregado a la solución del órgano de autoridad, asuman posiciones antagónicas y distantes que les impidan conectar empáticamente con las expectativas y anhelos más profundos dañados por la situación del conflicto, tanto en el fuero interno de ellas mismas como en la conciencia de su oponente. No obstante, la búsqueda de soluciones colaborativas del

conflicto no es un desvalor para el Estado, sino que, por el contrario, es un propósito buscado en todas aquellas políticas públicas de instalación de medidas de solución no adversarial de conflictos que han inspirado las reformas legislativas introducidas a los procedimientos judiciales no penales, como ocurrió con la Reforma a la Justicia de Familia en Chile, que introdujo la mediación obligatoria en materias de sostenimiento económico de los hijos y de regulación de la relación directa y regular con ellos, así como en materias laborales y reparación de los daños sufridos con ocasión de prestaciones de salud, en las que la ley prevé procedimientos de mediación previos al ejercicio de las acciones jurisdiccionales.

En esta fase previa a la entrada a juicio, las partes están más abiertas a la búsqueda de soluciones creativas, principalmente por la percepción socialmente arraigada de que los procedimientos judiciales son lentos y costosos. Si bien esta situación ha ido mejorando en los últimos años, aún no llega a estándares de satisfacción significativos para generar un cambio cualitativo en la percepción social global, por lo que la solución del conflicto mediante la consecución de una sentencia judicial parece ser la opción menos querida por quienes atraviesan un conflicto de carácter civil.

Entonces, parece interesante observar los resultados de los procedimientos de mediación llevados en materia de derecho de familia, cuyo sistema procesal obliga que, en ciertas materias, como la regulación del aporte económico que los padres deben entregar para la mantención de los hijos, se inicie previo a la interposición de la demanda de alimentos un procedimiento de mediación en manos de un profesional acreditado como mediador ante los tribunales de familia, el que citará a las partes en conflicto y buscará generar entre ellas el diálogo apropiado para engendrar una solución colaborativa que arriba en un acuerdo que constará en un acta que será presentada a la aprobación del juez de familia, a fin de que este revise la legalidad de lo acordado por las partes, impidiendo que existan abusos o renunciaciones a ciertos derechos que puedan afectar el interés superior de los niños consecuciados por la situación de conflicto. Esta mediación es una exigencia previa a la interposición de la acción jurisdiccional que se cumple con el solo hecho de instar a su inicio, pero bastando que cualquiera de las partes manifieste su parecer de no continuar en ella, para que el mediador certifique aquello, quedando los intervinientes habilitados para accionar ante el tribunal, solicitando la resolución del asunto por la vía de un juicio oral y concentrado.

Lo mismo ocurre en materia de conflictos laborales, en los que la ley, en el caso de Chile, prevé una fase de mediación, pero que en este caso no se instala como un trámite obligatorio previo a la interposición de acciones jurisdiccionales sino que se entrega a las partes a fin de que, si les parece apropiado, concurren ante la Inspección del Trabajo, ente gubernamental, dependiente del Ministerio del Trabajo y ajeno al Poder Judicial, cuyos mediadores especializados podrán generar puentes comunicacionales entre los efectos por el conflicto, con la finalidad de arribar a un acuerdo satisfactorio que les evite la tensión y los riesgos inherentes al proceso jurisdiccional. En este caso, la mediación es completamente voluntaria y las partes pueden iniciar acciones ante el tribunal de manera directa, sin haber iniciado procedimiento alguno de mediación y sin que este, de haberse iniciado, suspenda los plazos de caducidad o prescripción de las acciones jurisdiccionales que franquea la ley.

Lo interesante de estos procedimientos de mediación, previos al inicio del proceso jurisdiccional, es que ponen a las partes del conflicto en una situación de empoderamiento tal que les permite iniciar el diálogo, exponiendo las verdaderas expectativas y los más profundos anhelos, lo que necesariamente generará el intercambio de propuestas de solución, especialmente en el área del derecho de familia, tanto porque las partes han sido dirigidas de manera consciente a la búsqueda de diálogo, mediante el establecimiento de la obligatoriedad del proceso de mediación prejudicial, como por la existencia de relaciones permanentes e ineludibles en el tiempo, como son las que nacen de las relaciones de familia, que ponen a las partes ante la realidad inmodificable de estar conectadas fuertemente y por toda la vida, aun después del divorcio (cuando existan hijos en común). En este caso, aunque no es el Estado el que resuelve el conflicto, participa aprobando la legalidad de los acuerdos adoptados por las partes, de manera que no renuncia del todo a su intervención como órgano llamado de decidir la contienda, puesto que aunque le entrega el protagonismo a las partes, sigue teniendo un rol en el proceso de solución. Sin perjuicio de que, en caso de no lograrse un acuerdo o de incumplirse el acuerdo logrado, será este el que en definitiva resuelva el conflicto.

Fuera de estos casos en que es el legislador procesal quien llama a dialogar a las partes del conflicto, en todas las demás áreas del derecho cuyo contenido es disponible para las partes, en general áreas del llamado derecho privado o de contenido susceptible de transacción, el concepto de partes puede ampliarse más allá de los sujetos

con interés directo y actual en el asunto, abriéndose a todos quienes puedan verse afectados por la situación de conflicto, aunque no en términos económicos, incluyendo a gestores ambientales y vecinales, a grupos intermedios de participación ciudadana, a miembros de la familia nuclear o extensiva, etc.

Por otro lado, es importante destacar que la fase integradora del modelo transformativo, junto con entregar mayor libertad y autonomía a las partes para buscar una solución creativa y colaborativa al conflicto que las afecta, con prescindencia de la intervención forzada de terceros, les permite incluir el aporte de otros, implicar en el proceso de diálogo y la implementación de la solución a personas que, en el ámbito jurisdiccional, no tendrían cabida alguna, aunque pudieren sentirse afectados por el mismo, pero cuya afectación, por no ser de índole económico o no ser coexistente con el inicio conflicto, no les permitiría intervenir en el proceso jurisdiccional de resolución. Esto, porque los intervinientes directos no están condicionados por los límites propios del litigio o del procedimiento jurisdiccional y porque no deben responder ante el imperativo de obtener la paz social o de evitar situaciones de ingobernabilidad, el que sí es responsabilidad de los jueces, llamados a impartir justicia y resguardar con ello la paz social como primer anhelo del bien común. Las partes, en cambio, están orientadas a resolver el asunto y, en gran parte de los casos, con algo de tranquilidad de análisis, considerarán como parte de la solución necesaria una que les permita no solo saltar la actual valla, sino que mantener la relación que las une, a fin de solucionar el actual conflicto e idealmente evitar otros posteriores.

## **VI. MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DESDE UN ENFOQUE TRANSFORMATIVO Y LOS DISTINTOS ROLES DEL COLABORADOR EXTERNO: EL TERCER LADO**

W. Ury<sup>82</sup> se refiere al tercer lado como aquel que decide intervenir, ante la presencia de un conflicto, para colaborar en su resolución o transformación. Al existir un conflicto donde hay una confrontación de dos lados, la acción de un tercero, el tercer lado, es un reto de negociación, ya que el tercero tiene la responsabilidad de construir canales de comunicación entre las partes conflictuadas.

---

<sup>82</sup> URY, W., *Alcanzar la Paz*. Editorial Paidós. (2000).



La meta no es eliminar el conflicto, sino transformar la manera en la que se expresa: de formas destructivas como intolerancia, abuso o violencia, a formas constructivas como debate, diálogo, negociación. El conflicto es inevitable, pero la violencia no lo es.

Se puede señalar que el tercer lado estaría constituido por aquellos actores que no están directamente involucrados en el conflicto, debiendo ser imparciales con quienes están inmersos en el conflicto, de modo que inspiren su confianza, que den la certeza de que su intervención será justa.

Los actores del tercer lado serán, entonces, valiosos recursos a utilizar para co-construir el conflicto y para fortalecer el lado más amigable de este.

Como tercero imparcial, este debe identificar los intereses reales de quienes están en conflicto, y lograr caminos de encuentro, donde hasta las metas incompatibles puedan llegar a ser metas compatibles, para lo cual es necesario utilizar metodologías que puedan generar procesos de cooperación.

Por otra parte, W. Ury afirma que, se quiera o no, un conflicto involucra y afecta a todos los que están conectados de manera directa o indirecta a él, y que no sirve ni es posible pretender quedarse afuera, pero el tercero tampoco puede ponerse en uno de los lados, sino que debe ayudar a canalizar el conflicto, a administrarlo, para abrir caminos alternativos al enfrentamiento.

El tercer lado, además, constituye una forma de ver los conflictos, no solo desde un lado o del otro, sino desde una perspectiva que pone énfasis en el interés público afectado, es decir, mirando su impacto y resonancia en la comunidad que contiene a los actores involucrados. Por tanto esta perspectiva ayudaría a:

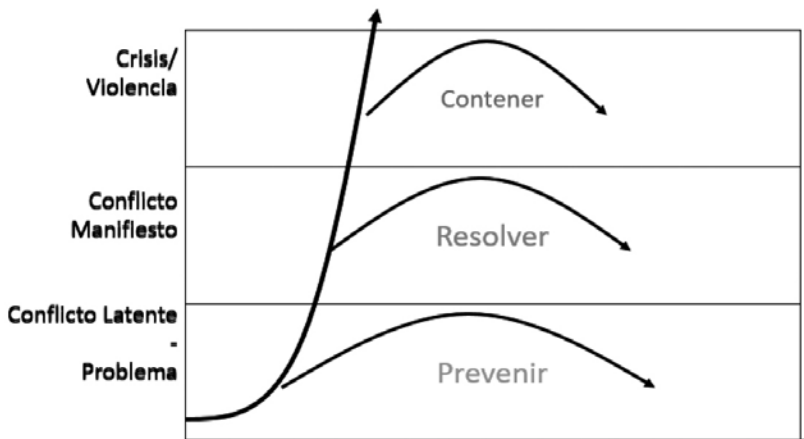
- a) Entender ambos lados del conflicto y establecer puentes entre ellos;
- b) Promover estrategias para lograr generar un proceso de diálogo y negociación entre los lados;
- c) Apoyar una solución justa que, de manera equitativa, atienda las necesidades esenciales de ambas partes y de la comunidad circundante.

El tercer lado puede tener distintos niveles de desarrollo y conciencia de sí mismo, convirtiéndose de espacio a plataforma de cambio, en el

que se articulan los actores que, por adoptar esta perspectiva, puedan ejercer distintos roles y trabajen más o menos coordinadamente para promover salidas transformadoras al conflicto.

W. Ury propone pensar tres modos diferenciados para abordar el conflicto y canalizar su impulso hacia procesos de transformación. Ello, en base a identificar el momento o fase que atraviesa el conflicto. Estos tres modos serían: Prevención, Resolución y Contención.

**Modos de abordaje del conflicto (Ury, 2000)**



### 1. Prevención

El primer modo de abordaje sería la prevención, la que se activa en el momento en que el conflicto se encuentra en estado latente o en una etapa preliminar.

En esta etapa se distinguen una serie de roles en torno al tercer lado: el rol de proveedor, el de maestro y el de constructor de puentes.

¿Por qué los conflictos escalan?	Formas de prevenir el conflicto
Necesidades Frustradas	1. El proveedor
Escasas Habilidades	2. El maestro
Relaciones Débiles	3. El constructor de puentes

Fuente: W. Ury. *Alcanzar la Paz* (2000).

Prevenir conflictos significa, entre otras cosas, identificar las problemáticas que, de no ser abordadas a tiempo, provocarán la manifestación de estos, y sentar las plataformas para el abordaje de las mismas en el marco de un abordaje cooperativo de las diferencias basadas en el diálogo.

1. En cuanto al rol de proveedor, este favorece la satisfacción de las necesidades básicas humanas, empodera a los actores proveyendo a sus interlocutores capacidades para expresar sus necesidades de forma articulada, y genera las condiciones para que, en la medida en que existan diferencias o contradicciones de intereses, su manifestación sea mucho más constructiva.

2. El maestro enseña habilidades para manejar el conflicto (deslegitimando la violencia, enseñando tolerancia, enseñando la resolución conjunta de problemas).

En muchas ocasiones las personas encuentran dificultades para manejar sus relaciones con otros porque no cuentan con mecanismos para resolver sus problemas. Quieren resolverlo, pero no saben cómo. Ayudando a las personas a adquirir nuevos valores, perspectivas y habilidades, los maestros pueden mostrarles un modo mejor de manejar las diferencias. Por ejemplo, deslegitimando la violencia, enseñando tolerancia (lo que no significa estar de acuerdo con el otro, ni ser indiferente frente a la injusticia, sino mostrar respeto por otras ideas), enseñar la resolución conjunta de los problemas (para evitar su intensificación hasta que se conviertan en conflictos dañinos y violencia), entre otros.

3. El constructor de puentes es quien puede crear vínculos transversales, promoviendo el diálogo genuino, así como construyendo confianza entre actores enfrentados.

Los conflictos se instalan más rápidamente cuando hay ausencia de comunicación, confianza y relaciones. El diálogo no pretende convencer a los otros ni llegar a un acuerdo, sino promover la comprensión mutua y establecer relaciones que impidan la escalada de violencia. Es decir, proporciona un clima seguro en el cual las personas puedan hablar abierta y profundamente sobre sus diferencias y, quizás, descubrir sus puntos de vista comunes subyacentes. El constructor de puentes permite la creación de vínculos articulados, el desarrollo de proyectos conjuntos y el diálogo genuino.

## 2. Resolución

El segundo modo sería la resolución, que se despliega cuando el conflicto ya se encuentra manifiesto.

¿Por qué los conflictos escalan?	Formas de resolver el conflicto
Intereses conflictivos	1. El mediador
Derechos en disputa	2. El árbitro
Poderes Desiguales	3. El equilibrador
Relaciones Dañadas	4. El sanador

Fuente: W. Ury. *Alcanzar la Paz* (2000).

### ***Roles para la instancia de resolución***

Una vez que el conflicto ya se encuentra manifiesto, el tercer lado se puede activar de distintas maneras, realizando un aporte esencial a su resolución, ya sea que se trate de un conflicto de intereses, de derechos, o de relaciones de poder. Se habla de resolución de conflictos para dar cuenta de la necesidad de abordar la disputa con propósito de solucionar los problemas que la motivan. En este sentido, se puede actuar como:

1. Mediador, el tercero puede ayudar a conciliar los intereses de las partes.
2. Árbitro, puede determinar los derechos de cada una de las partes.
3. Equilibrador, puede ayudar a equilibrar poder, condición necesaria para generar una agenda inclusiva para la acción.
4. Sanador, puede contribuir a reparar las relaciones dañadas.

1. El mediador.

Contribuye a que las partes concilien los intereses en conflicto (llevando a las partes a la mesa de negociación, facilitando el diálogo, ayudando a las partes a buscar una solución).

El mediador no pretende determinar quién tiene razón y quién está equivocado, sino que trata de alcanzar el núcleo de la disputa y resolverla. Ese núcleo está en los intereses de cada lado, es decir, en sus necesidades, preocupaciones, deseos, temores y aspiraciones. Habiendo logrado superar el primer gran obstáculo en que las partes

en conflicto se reúnan en el mismo lugar a dialogar, el mediador tiene la función de facilitar la comunicación, es decir, ayudar a cada parte a comprender lo que la otra realmente pide o dice. Posteriormente, su rol consistirá en ayudar a las partes a generar opciones creativas para lograr el acuerdo. La meta es alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio. Por lo general se habla de mediación cuando el conflicto tiene un nivel de manifestación donde ya existe polarización entre dos grupos y el tercero tiene una legitimación institucional y política por las distintas partes.

## 2. El árbitro.

Es quien determina los derechos en disputa. En caso de que la mediación no sea apropiada, el tercer lado puede desempeñar el rol de árbitro. En este sentido, el proceso judicial constituye una alternativa a la resolución violenta de conflictos. Sin embargo, el ejercicio de dicho proceso no siempre exige la intervención de un juez. Una autoridad de aplicación de una normativa específica puede generar un proceso de evaluación del impacto ambiental o social de un proyecto en base a la iniciación de un procedimiento de queja formalizado por la vía administrativa. Y para ponerlo en marcha, basta el consentimiento de las partes. Ellas pueden acordar de antemano que aceptarán la decisión vinculante de un tercero como puede ser una autoridad tradicional o un notable que ha sido objeto de una selección compartida, en el que se confía, y ante quien se expone el caso.

## 3. El sanador.

Repara las relaciones dañadas creando el clima adecuado para la escucha mutua, alentando el arrepentimiento y promoviendo el perdón y la reconciliación. En el núcleo de muchos conflictos hay emociones: rabia, miedo, humillación, inseguridad y aflicción. Las heridas pueden ser profundas. Incluso cuando un conflicto parece resuelto después de un proceso de mediación, arbitraje, es posible que las heridas subsistan y, junto con ellas, el peligro de recurrencia. Un conflicto no se puede considerar totalmente resuelto hasta que haya comenzado a sanar la relación dañada.

4. Y quien ejerce el rol de equilibrador, puede ayudar a equiparar el poder entre las partes.

## 3. Contención

A veces, la prevención y resolución por sí solas no pueden detener la escalada del conflicto. El desafío para los terceros es el contener

la lucha de poderes de manera que las partes puedan ser llevadas de nuevo a la mesa de negociación. En este sentido Ury plantea “(...) Un conflicto no resuelto se intensifica porque nadie le presta atención o, aunque alguno lo haga, nadie pone límites a la lucha, o bien, en última instancia, por que nadie interviene para proporcionar protección. (...) Como miembros del tercer lado, podemos contener el conflicto desempeñando tres roles sucesivos: como testigos, como jueces de campo, como guardianes de la paz” (Ury, 2000).

¿Por qué los conflictos escalan?	Formas de contener el conflicto
Desatención	1. El testigo
Ausencia de límites	2. El juez de campo
Desprotección	3. El guardián de la paz

Fuente: W. Ury. *Alcanzar la Paz* (2000).

1. El testigo le presta atención a la escalada (vigilando las primeras señales, hablando, pidiendo ayuda pronto).

El conflicto destructivo no estalla de pronto, sino que va intensificándose a través de diferentes etapas que van desde la tensión hasta la violencia, pasando por la disputa abierta. Los medios de comunicación poseen por naturaleza el rol de testigo en el marco de un conflicto. Desde una perspectiva de política pública, los sistemas de alerta temprana (SAT) para la prevención de conflictos son un mecanismo adecuado para el ejercicio sistémico del rol de testigo. El testigo permite también generar acciones que persuadan a las partes que abandonen sus comportamientos hostiles.

2. El juez de campo.

Establece límites a la disputa (fijando reglas para la disputa limpia, retirando las armas ofensivas, fortaleciendo la defensa de un modo no ofensivo).

Si las personas confrontan, en el momento en que lo hacen es importante reducir el daño que esta puede causarles a ellas o a terceros con ellas vinculados. Esta es la función del juez de campo, que establece reglas a la confrontación y promueve su cumplimiento.

3. El guardián de la paz.

Proporciona protección (interponiéndose, construyendo la paz, desactivando la violencia antes de que estalle). Cuando se violan las reglas

y los límites, la comunidad debe tomar medidas mínimas que puedan forzar el cese del conflicto dañino. El rol de guardián de la paz puede ser a través del actuar conjunto entre una autoridad estatal (un juez o funcionario) y las fuerzas de seguridad. Sin embargo, esta no es exclusivamente una función del Estado, para su desempeño se puede apelar a cualquier actor social con suficiente capacidad de disuasión, para que las partes abandonen su conducta agresiva o violenta.

En síntesis, la tarea de los guardianes de la paz consiste en contener los conflictos, impedir que se intensifiquen hasta llegar a la zona de la violencia, y generar condiciones de posibilidad para una resolución pacífica.

## **VII. APOORTE Y DESAFÍOS DEL ENFOQUE TRANSFORMATIVO EN EL ÁMBITO DEL PROCESO CIVIL**

Hasta ahora, salvo en las áreas procesales ya reformadas hacia los juicios orales, el proceso civil no incluye etapas previas de construcción de soluciones alternativas al conflicto y sin duda si esto ocurriera, sería un gran avance.

Es importante destacar que los aportes que se han hecho en esta línea con la inclusión de etapas de mediación previas a la judicialización de ciertos conflictos en el ámbito del derecho de familia y de manera voluntaria, en el campo del derecho laboral o en los temas de responsabilidad por daños en prestaciones médicas, han demostrado que la vía del proceso civil no es ni puede ser el único camino para la solución de un conflicto.

Los acuerdos alcanzados ante un mediador tienen el mismo valor jurídico que una sentencia, con la única exigencia de ser presentados ante el juez competente para su aprobación, la que ocurrirá previa revisión de la legalidad o, más bien, factibilidad legal, de lo acordado, sin que pueda el órgano jurisdiccional pasar por sobre la autonomía de la voluntad de las partes del acuerdo, es decir, impidiéndose que el juez modifique los términos del mismo, en tanto no sean contrarios a Derecho.

La razón de considerar esta instancia de mediación en los asuntos de familia obedece, sin duda, al reconocimiento de que la solución heterónoma de carácter adversarial, como es la decisión jurisdiccional, no aparece como la vía óptima para abordar conflictos de esta

índole, dado que entre las partes involucradas existen lazos afectivos permanentes en el tiempo y la necesidad de implementar acuerdos en miras al interés superior de los niños inmersos en la situación de conflicto, los que tienen iguales derechos respecto de ambos padres. Y en materia laboral, por ejemplo, busca aportar una solución más rápida para la parte más débil del conflicto, la del empleado asalariado que necesita obtener respuesta pronta a sus necesidades y, muchas veces, no afectar sus antecedentes laborales a fin de acceder a otro puesto de trabajo.

Lo dicho se explica con claridad cuando se considera el planteamiento de Lederach<sup>83</sup> en cuanto a que del conflicto surgen consecuencias directas no solo para la dimensión personal de los involucrados en este, sino que sobre todo para las dimensiones relacional, social y cultural, siendo muchas veces más dañino para los afectados el proceso judicial de resolución del conflicto que el conflicto mismo, en tanto que la posibilidad transformativa de la mediación u otro mecanismo de solución autocompositiva podrá facilitar la recuperación de ínterrelaciones más sanas y estables, la conquista de nuevos espacios de respeto, armonía y crecimiento.

## BIBLIOGRAFÍA

- CURLE, Adam, *Making Peace*, Editorial Tavistock Press, Londres, año 1971.
- FISHER, Roger; URY, William, *Sí, de Acuerdo*, Editorial Norma. Bogotá, Colombia, año 1993.
- FOLGER, Joseph; BUSH, Robert, *Promesa de la Mediación*, Editorial Granica, año 1996.
- KAUFFMAN, Edy, *Construcción de Paz y Diplomacia Ciudadana en América Latina y el Caribe*, Editorial Icaria, Buenos Aires, Argentina, año 2008.
- LEDERACH, John Paul, *Pequeño Libro de la Transformación de Conflictos*, Editorial Buenos Libros, Bogotá, año 2008.

---

<sup>83</sup> LEDERACH J. P., *Pequeño libro de la transformación de conflictos*. Bogotá, Buenos libros. (2008).



- LEDERACH, John Paul, *Building Peace: Sustainable Reconciliation in divided societies*, Editorial United States Institute of Peace Press, Washington DC, año 2008.
- MOORE, Christopher, *Documento Negociación y Mediación*, Editorial Gernika Gogoratuz, año 2004.
- ONU, HABITAT, Universidad Alberto Hurtado, ISER. *Guía de mediación comunitaria*, Santiago de Chile, año 2016.
- ORELLANA, Fernando (cita a Mario Mosquera Ruiz). *Los Recursos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, año 2005.
- URY, William, *Alcanzar la Paz*. Editorial Paidós Ibérica, año 2000.



# INFLUENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL

ROBERTO P. SABA

## RESUMEN EJECUTIVO

Han sido radicalmente escasas las iniciativas de reforma impulsadas o lideradas desde los gobiernos de las Américas en materia procesal civil y cuando han existido, como es el caso de aquellas tendientes a instalar mecanismos alternativos de resolución de controversias, han sido motivadas en la necesidad de alivianar la carga de trabajo de tribunales saturados de expedientes, pero no necesariamente en la búsqueda de un ajuste de los procesos civiles a las demandas de derechos que surgen a partir de las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos. El mundo académico y judicial del derecho privado parece haber percibido su área de incumbencia como un espacio relativamente autónomo no sometido, o sometido solo marginalmente, a limitaciones provenientes del derecho constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos. En este informe se intenta saldar esa deuda con la identificación de aquellas normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que podrían iluminar una potencial reforma del proceso civil en la región. En este sentido, se examinan cuáles podrían ser aquellos derechos que deberían contemplarse al regular aspectos previos al juicio, así como también aquellos que dan forma al proceso judicial mismo y su eventual revisión por una instancia de apelación. El trabajo hace referencia también al modo en que una eventual reforma procesal civil podría incorporar elementos que le permitan responder a afectaciones colectivas y estructurales de derechos. Finalmente, se realizan algunas propuestas de reforma a la justicia civil en América Latina desde la perspectiva de los estándares del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos.

## INTRODUCCIÓN

### **Adecuación del derecho civil a las normas protectorias de los derechos humanos**

Luego del restablecimiento de los regímenes democráticos en América Latina, la renovada vigencia de las constituciones nacionales y la firma de tratados internacionales de derechos humanos, principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos, comenzaron a surgir proyectos de reforma legal en diferentes áreas del derecho en los países de la región y con distintos objetivos. En este contexto, las propuestas de reformas procesales penales fueron las que alcanzaron el mayor grado de sofisticación y, en algunos países, como fue el caso chileno, las que han logrado mayores avances y resultados positivos. Las razones que motivaron esos desarrollos fueron múltiples: la necesidad de modernización de procesos penales muchas veces diseñados en el siglo XIX o comienzos del XX; la demanda de pasaje de procesos escritos a orales con miras a agilizar las causas y ofrecer mayores garantías a las partes; la reacción a fuertes demandas de mayor eficiencia del sistema penal para enfrentar los crecientes índices de criminalidad; la mayor complejidad de algunas prácticas delictuales y la sensación en aumento de la población de que su seguridad está siendo amenazada. En forma transversal a todas estas razones para articular una reforma procesal penal, se observa la exigencia de cumplir con los mandatos constitucionales y convencionales en materia de derechos, pues todas las propuestas estudiadas en contextos democráticos han estado siempre guiadas por la necesidad de que ellas sean compatibles con el respeto de las garantías y libertades propias de los nuevos regímenes democráticos. Esto último se vio además favorecido por la estrecha relación que, desde la justicia y la academia, se ha reconocido entre el derecho penal y el derecho constitucional y, luego, el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, la creciente y más o menos consistente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de debido proceso penal han contribuido a ampliar y consolidar la conciencia de cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos internacionales asumidos respecto de la observancia de las garantías del proceso penal. Casi toda propuesta de reforma penal ha estado guiada, o al menos condicionada, por la necesidad de respetar los derechos y garantías establecidos en las constituciones y en los tratados internacionales de derechos humanos. Por otra parte, tanto los tribunales nacionales como los internacionales han generado desde hace décadas sentencias que han ido construyendo un sólido

sistema de estándares de derechos y garantías en materia penal que han sido una de las fuentes de los programas de reforma procesal en ese fuero.

Las características descritas de los procesos de reforma penal no encuentran un claro paralelo en el campo del derecho privado. No han sido tantas las iniciativas de reforma impulsadas o lideradas desde los gobiernos de la región en materia procesal civil y, cuando han existido, como es el caso de las reformas tendientes a instalar mecanismos alternativos de resolución de controversias, han sido motivadas en la necesidad de alivianar la carga de trabajo de tribunales saturados de expedientes, pero no necesariamente en la búsqueda de un ajuste de los procesos civiles a las demandas de derechos que surgen a partir de las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos. A diferencia de los juristas especializados en derecho penal o de los jueces de ese fuero, que han visto casi siempre con claridad la estrecha relación existente entre los derechos reconocidos en las constituciones y los establecidos en el derecho internacional y el derecho penal y el procesal penal, el mundo académico y judicial del derecho privado ha percibido su área de incumbencia como un espacio relativamente autónomo no sometido o sometido solo marginalmente a limitaciones provenientes del derecho constitucional o del derecho internacional de los derechos humanos. La visión del Código Civil como norma suprema del sistema jurídico y la potencia de una tradición continental que entiende a ese Código como el centro mismo del sistema jurídico, ha sido probablemente una de las causas principales que han demorado hasta el presente que cobraran impulso propuestas de cambio de forma y de fondo del derecho civil en la región<sup>84</sup>. Es prácticamente imposible encontrar fallos judiciales en las cuales, incluso en aquellos países donde los jueces poseen la facultad de ejercer el control de constitucionalidad, se haya declarado inconstitucional algún aspecto o cláusula del derecho civil. Por su parte, es sumamente excepcional que en los cursos de derecho privado de la mayoría de las Facultades de Derecho de la región, se debatan aspectos constitucionales o convencionales del derecho civil y los conflictos normativos que pudieran surgir de contrastar normas de derecho privado con cláusulas constitucionales o convencionales. Sin fallos que sometan al derecho civil a los límites que imponen las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos y

<sup>84</sup> OTEIZA, E., *Civil Procedure Reforms in Latin America: The Role of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution*, en [https://www.academia.edu/8010693/Civil\\_procedure\\_reforms\\_in\\_Latin\\_America\\_The\\_role\\_of\\_the\\_judge\\_and\\_the\\_parties\\_in\\_seeking\\_a\\_fair\\_solution](https://www.academia.edu/8010693/Civil_procedure_reforms_in_Latin_America_The_role_of_the_judge_and_the_parties_in_seeking_a_fair_solution)

sin debates en los claustros académicos sobre esa misma cuestión, sería absolutamente llamativo que hubieran surgido iniciativas o propuestas de reforma del derecho civil o del derecho procesal civil que estuvieran motivadas en ajustar esas áreas del derecho a los dictados de los tratados internacionales de derechos humanos o a las normas constitucionales. En los últimos años, sin embargo, ha surgido un movimiento relativamente fuerte de constitucionalización del derecho privado que en algunos países, como en Argentina, han suscitado una reforma integral del Código Civil que fuera motivada en la necesidad de adecuar ese *corpus* normativo a las exigencias de respeto a los derechos humanos derivadas de las normas constitucionales a nivel nacional y de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos<sup>85</sup>. A pesar de estos avances en materia de reforma del derecho privado, es llamativa la resistencia existente en el ámbito jurídico y judicial a reconocer el sometimiento del derecho civil a los dictados del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, mucho más incluso de la jurisprudencia en la materia de tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A modo de ejemplo, puede mencionarse la postura mayoritaria de los estudiosos del derecho privado en Argentina en contra de la aplicación de la jurisprudencia internacional como la derivada del fallo *Artavia Murillo c. Costa Rica* al ámbito nacional por considerar que esa decisión solo sería aplicable al país involucrado en el pleito<sup>86</sup>. Por su parte, tuvieron que pasar casi cien años para que la Corte Suprema argentina declarara inconstitucional en el caso *Sejean*<sup>87</sup> la prohibición de disolver el vínculo matrimonial a la luz del derecho constitucional a la autonomía personal, siendo esta una de las muy excepcionales decisiones de los tribunales impugnando una norma de derecho civil por ser contraria a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional. Lo mismo podría decirse de la demora

<sup>85</sup> SABA, R., *Supremacía constitucional y derecho privado*, en María Isabel Benavente y Félix Alberto Trigo Represas (eds.), *Tratado de Daños Personales*, Editorial La Ley, 2014.

<sup>86</sup> En el documento de conclusiones de la XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Argentina en septiembre de 2013, cuya influencia es realmente importante pues resulta generalmente citado como Fuente de derecho por los magistrados en causas civiles, se ha resuelto por mayoría que “La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho”. Ver <http://www.cfna.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-2013/xxiv-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/>

<sup>87</sup> *Sejean* y la concepción liberal de la sociedad, en KEMELMAJER A.; HERRERA, M., y LLOVERAS, N. (Directoras), DE LA TORRE, N. (coord.), *Máximos Precedentes. Derecho de Familia*, Editorial La Ley, Buenos Aires (2014), pp. 38-60. Republicado en *Revista Juez*, México (2016), en prensa.

centenaria para debatir y adecuar los requisitos de la norma regulatoria del matrimonio a los derechos constitucionales y convencionales respecto de la posibilidad de que personas del mismo sexo puedan ejercer el derecho a formar una familia. La reforma del Código Civil argentino llevada a cabo con la finalidad explícita de adaptar su texto a los mandatos de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, ha sido excepcional en el contexto regional y se ha focalizado exclusivamente en el derecho de fondo. El derecho procesal civil ha carecido así, al menos en el contexto de la tradición continental y, particularmente, en la sub-tradición continental de América Latina, del desarrollo de una teoría del proceso que sea a su vez tributaria de los derechos humanos. No se identifican en América Latina procesos técnica y políticamente potentes de reforma del derecho civil o del derecho procesal civil en este sentido.

## **I. JUSTIFICACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL Y PARÁMETROS PARA SU REFORMA**

Las conductas prohibidas por el derecho reciben diferentes tipos de consecuencias. Un número muy limitado de esas conductas son acreedoras de sanciones penales, otras reciben consecuencias administrativas y una cantidad significativa de ellas están previstas en normas de derecho civil. Si bien existen diversas teorías que justifican la aplicación del derecho penal, es posible afirmar que, en principio, este prevé la asignación de consecuencias legales por la comisión de ciertas conductas que la sociedad como colectivo ha considerado especialmente disvaliosas y a las que ha decidido asignarles una sanción penal. El derecho penal surge así como un pacto realizado entre los miembros de la comunidad política de no realizar esas conductas y, en caso de ejecutarlas, recibir la consecuente sanción prevista. Incumplir con las obligaciones de ese pacto implica traicionar los compromisos asumidos por cada miembro de la comunidad con el resto de sus conciudadanos. Es por ello que, en principio, la justicia penal se articula como una controversia entre la sociedad, representada en la figura del fiscal, y la persona acusada de haber incumplido con su compromiso social. La sentencia del juez condenando a una persona a sufrir el castigo previsto en la ley penal expresa la aplicación de la consecuencia anticipada en el Código Penal a quien traicionara el pacto social.

El derecho civil, por su parte, a diferencia del derecho penal, persigue dos objetivos que a veces coinciden y son compatibles entre sí, mientras que otras veces divergen y se encuentran en conflicto. El

primero de esos objetivos apunta a reglar las relaciones entre particulares a fin de evitar conflictos entre ellos o, en caso de que surgieran, resolverlos pacíficamente. De este modo, por ejemplo, el derecho asume que no es aceptable que una persona que le cause un daño a otra no compense a la persona damnificada, y por eso prevé reglas que regirán las relaciones entre las personas cuando alguna de ellas produjera un daño a un tercero. Así, el derecho de daños puede ser entendido como un conjunto de reglas que rigen las relaciones entre personas particulares de acuerdo con el mandato de la justicia compensatoria o reparatoria. Si la materia regulada por el derecho de daños fuera exclusivamente comprendida como el conflicto entre particulares, el rol del Estado en ese conflicto, que estaría por ejemplo corporizado en la figura del juez, sería simplemente el de resolver esa controversia de acuerdo con algunas reglas de procedimiento previamente establecidas y en consonancia con la aplicación del principio de justicia compensatoria del dañado. Concebir al derecho de daños de esta manera determina los rasgos de las reglas de procedimiento aplicables y, por supuesto, como parte de ellas, el rol del juez, lo cual tiene consecuencias significativas. Por ejemplo, a diferencia del derecho penal y de los delitos de acción pública, si la persona damnificada no acciona contra quien le provocó el daño entonces el Estado, en principio, no tienen ninguna potestad para iniciar la acción. Si el damnificado, una vez iniciada la acción, desistiera del juicio, no habría ninguna justificación para que el Estado continuara con él. La resolución judicial, por lo tanto, debería conformar al menos a una de las partes parcial o totalmente, pues una solución que no conforme en absoluto a ninguna de las partes involucradas en la controversia no justificaría la intervención del Estado a través de sus tribunales. La visión de los pleitos judiciales como conflictos entre partes y la intervención de los jueces como amigables componedores que resuelven esos litigios se ajusta a aquella visión del derecho de daños y, en consecuencia, define el tipo de derecho procesal aplicable. Es por ello que, en base a esta perspectiva del derecho privado, se ha propuesto en muchos países la mediación como un método alternativo de resolución de conflictos entendido como *alternativo* al judicial. Si el pleito es percibido como un conflicto entre dos o más partes, entonces la tarea que solía y suele desempeñar el juez podría ser reemplazada por la de un mediador dentro o fuera de los tribunales.

Sin embargo, sin intención de negar que muchos pleitos regulados por el derecho privado pueden estar definidos como conflictos entre partes, no todos los casos que involucren cuestiones previstas en el derecho civil revisten esa característica, o al menos no en términos



absolutos. Incluso, es posible sostener que en muchos casos en los que hay un conflicto entre dos o más partes, el resultado de la controversia interesa también al resto de la sociedad por encontrarse en juego una materia de interés público (casos de afectación del medio ambiente, derechos de los consumidores, protección de la competencia, discriminación estructural, etc.). Por otra parte, en algunos casos pueden estar en juego derechos de grupos de personas que debido a diferentes razones –como por ejemplo problemas de coordinación o el elevado costo de un litigio comparado con los beneficios eventuales de ganarlo–, la controversia no importa solo a las partes involucradas y le es pertinente también al resto de la comunidad.

El derecho civil, como todo el derecho, expresa por medio de normas positivas valores de justicia. Es correcto afirmar que muchos conflictos entre personas que están regulados por el derecho civil se resolverán de acuerdo con lo que las partes convengan, pero ello supone que esos acuerdos son además justos, entendiendo por justicia aquello que el Código Civil establece como consecuencia jurídica de un acto previsto en la ley. Es por ello que la resolución de conflictos en función de la voluntad de las partes involucradas puede no atender intereses colectivos también involucrados o puede contradecir el interés público. En algunos casos, la resolución de un pleito de acuerdo a las demandas de una de las partes, sobre todo si las lesiones se corresponden con afectaciones colectivas o estructurales que alcanzan a gran número de damnificados, no pueden resolverse individualmente sin afectar los derechos de otras partes no representadas en el pleito. En casos en los que, por ejemplo, hubiera bienes escasos involucrados, la resolución de las demandas individuales a medida que se van planteando ante los jueces, impide una solución estructural al problema planteado y beneficiaría a los reclamantes que llegaran a los estrados de la justicia antes que el resto (por ejemplo, como ha sucedido en los juicios en los que ahorristas han reclamado por la devolución de su propiedad frente al congelamiento de los depósitos bancarios en Argentina en 2001 y 2002). Por consideraciones de diferente índole, como por ejemplo las derivadas de la igualdad ante la ley, no es posible justificar la resolución de problemas de índole estructural sobre la base del principio que ordena que el “primero en reclamar se verá favorecido”.

Por su parte, la mediación podría entrar en conflicto con el objetivo de alcanzar soluciones justas en algunos casos en los que el acuerdo entre partes no es compatible con el fin de satisfacer el interés público. El mediador, por ejemplo, no puede homologar acuerdos que im-

pliquen violaciones a los derechos constitucionales o a los derechos humanos, tanto de las partes de la controversia como de terceros. En otras palabras, la justicia que se busca en la resolución de un caso de derecho privado no puede ser contradicha ni siquiera con un acuerdo entre las partes del pleito. La resolución de un caso sometido a los mandatos de la ley debe ser justa –de acuerdo con lo previsto por el derecho– o puede ser la expresión de un acuerdo entre las partes, pero si ese acuerdo entre partes conduce a una situación contraria a derecho, el acuerdo no puede ser válido. El valor justicia deberá ser el fundamento tanto de la sentencia de un juez como de un acuerdo entre partes sometidas al derecho privado, por ejemplo, en un caso de daños entre particulares. Entonces, es preciso establecer cuál sería la justificación para proponer un proceso de mediación como alternativa a un proceso judicial. La diferencia se funda en la creencia de que en algunos casos las partes están mejor posicionadas para arribar a la solución justa que el juez. Es por ello que la mediación solo puede proceder cuando se dan ciertas precondiciones de ese proceso que aseguran que el acuerdo entre las partes es epistémicamente mejor que la sentencia del juez. Si es así, entonces la tarea del mediador que facilita el proceso que culmina con un acuerdo entre las partes es muy diferente de la del juez que debe encontrar la solución justa más allá de la voluntad de las partes. Estas dos tareas, de ser tan diferentes, podrían ser realizadas por dos funcionarios distintos, con diferentes conocimientos y habilidades, guiados por dos procedimientos completamente diversos. El proceso judicial debe diseñarse para facilitar la tarea del juez de arribar a una decisión justa y el proceso de mediación debe articularse de modo que las partes, ayudadas por el mediador, puedan llegar a un acuerdo, que además no debe contradecir el valor justicia expresado en la letra de la ley, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

De lo dicho hasta aquí se desprende que pueden existir conflictos en los que no están dadas las precondiciones para que las partes lleguen a un acuerdo que responda al valor justicia, como por ejemplo cuando una de ellas no se encuentra en situación de paridad respecto de la otra o cuando las partes del litigio no son las únicas damnificadas y resulte afectado también, por ejemplo, el interés público, el interés general o los miembros de la clase a la que una o ambas partes pertenecen. El primer caso se corresponde con los conflictos relacionados con situaciones previstas en el derecho de familia, el derecho laboral o, en algunos casos, los derechos de los consumidores. El segundo podría estar vinculado a problemas en los que esté en juego el medioambiente, el funcionamiento del mercado, los derechos de los

consumidores que no sean parte del pleito o la discriminación estructural dirigida hacia personas pertenecientes a grupos subordinados<sup>88</sup>. Es por ello que la resolución de la mayoría de los conflictos entre empleados y empleadores, entre esposos o aquellos vinculados con la protección del medioambiente, de los consumidores o la aplicación del derecho antimonopólico no puede quedar sujeta –en todos los casos indiscriminadamente– a procesos de mediación. Se requiere de la actuación de un tipo de funcionario particular: el juez, cuya tarea estará regida por el derecho procesal.

En suma, el diseño de procedimientos civiles que sean respetuosos de los derechos individuales y colectivos reconocidos en los instrumentos constitucionales o internacionales debe justificarse en una concepción de justicia que comprende el respeto de esos derechos. Como sostuve más arriba, es posible que la única reforma de procedimiento civil que ha calado relativamente hondo en algunos países de América Latina haya sido la que se refirió a la instalación del mecanismo alternativo de resolución de disputas (MARD). Sin embargo, esa reforma solo se ha conectado parcial e indirectamente con el objetivo de honrar los derechos constitucionales o convencionales, pues el objetivo expreso ha sido casi siempre el de mejorar la calidad del servicio de justicia por la vía del desagote de la enorme carga de casos que se acumulaban en los tribunales. Es verdad que esa demora implica generalmente una afectación del derecho a la jurisdicción por la vía de la dilación en la administración de justicia y en la resolución de causas, pero la reforma procesal que implica la incorporación de un mecanismo de MARD no suele estar fundada en una robusta teoría del proceso que, a su vez, estuviera enraizada en una teoría acerca de la administración de justicia y de los derechos humanos. Es por ello que esa reforma se vio a veces sometida a la crítica de carecer de una teoría acerca de lo que significa “hacer justicia” en el marco del proceso civil: dirimir una controversia entre partes vs. la aplicación de los principios de justicia<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> SABA, R., (*Des*)igualdad estructural, en ALEGRE, M., y GARGARELLA, R. (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis, Buenos Aires (2007).

<sup>89</sup> FISS, O., *Contra el acuerdo extra-judicial*, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, abril 1998, disponible en [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica05.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica05.pdf). Publicación original bajo el título “Against Settlement”, *Yale Law Journal*, Volumen 9, N° 6, mayo de 1984.

## II. EL DEBIDO PROCESO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO CIVIL

Más allá de las particularidades que diferencian a los distintos procedimientos judiciales –fundamentalmente el penal, el civil y el administrativo– todos ellos deben respetar una serie de estándares que se relacionan con el reconocimiento de derechos constitucionales y convencionales. Estos requerimientos se vinculan en un sentido amplio con la obligación de los Estados de respetar el debido proceso y todos los derechos que se desprenden de él, tales como el derecho de acceso a la justicia, el derecho a una defensa de calidad, el de litigar sin gastos en casos excepcionales, el derecho al juez natural, el principio de legalidad, la igualdad en el proceso, la garantía del juez natural, la garantía de la doble instancia, el plazo razonable para la satisfacción de la demanda ante el juez, entre otros. La aplicación de estos estándares a los procesos civiles son generalmente observados por las normativas vigentes y cuando excepcionalmente ello no sucede, deben existir mecanismos para impugnar la norma. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en referencia a las garantías del debido proceso para todo tipo de procedimientos ante la justicia, incluidos los penales, pero también los civiles. Este tribunal ha afirmado que “[e]l concepto del debido proceso en casos penales debe incluir, por lo menos, las garantías mínimas a que hace referencia el artículo 8 de la Convención. Al denominarlas mínimas esta presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal”<sup>90</sup>. La Corte IDH ha tomado posición respecto de los diversos estándares de derechos humanos que se encuentran implícitos en la garantía del debido proceso sin realizar diferencias entre distintos tipos de procedimientos o fueros. Así ha sostenido que las decisiones de los jueces tendrán que estar debidamente fundadas<sup>91</sup> y observar el requerimiento de razonabilidad (debido proceso sustantivo)<sup>92</sup>; las

<sup>90</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-11/90, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 10-8-90, párr. 24; Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28-8-02, párr. 115; Corte IDH, Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, del 25-11-04, párr. 176.

<sup>91</sup> Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, del 23-6-05, párr. 149; Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, del 22-11-05, párr. 216; Corte IDH, Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, del 19-9-06, párrs. 120 y 122.

<sup>92</sup> Una decisión será razonable, cuando cuente como mínimo con los siguientes elementos: a) sustento fáctico suficiente; b) proporcionalidad del fin perseguido a los hechos que lo sustentan; y, c) congruencia y proporcionalidad de los medios empleados tanto con el fin razonablemente perseguido como con el sustento fáctico

soluciones alcanzadas deberán ser justas<sup>93</sup> y respetar las garantías exigidas por el debido proceso adjetivo –me referiré a ellas más adelante en este informe. La Corte también ha sostenido que las mencionadas garantías subsisten en el marco del estado de excepción<sup>94</sup> y que el principio de igualdad debe ser observado como parte del debido proceso legal<sup>95</sup>.

Además de las normas constitucionales de cada Estado y de otras normas de derecho internacional, en el ámbito regional, las dos normas principales a tener como referencia al diseñar procesos judiciales de orden civil son los artículos 8, inc. 1 –que se refiere explícitamente al procedimiento no-penal– y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

#### *Artículo 8. Garantías Judiciales*

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

#### *Artículo 25. Protección Judicial*

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales

---

suficiente que los fundamentan. GORDILLO, A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA (2003), 8ª ed., cap. VI, § 11, pp. 34-35. Para un examen de las pautas de razonabilidad elaboradas por la CS, cabe remitirse a GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley (2005), 3a ed., pp. 328-336.

<sup>93</sup> Corte IDH, “el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia”. Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 1-10-99, párr. 117.

<sup>94</sup> La Corte IDH tiene dicho que “los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”. Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-9/87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 6-10-87, párr. 30.

<sup>95</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17-9-03, punto resolutivo N° 7.

competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

## 2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

También es posible extraer principios de debido proceso del art. 8, inc. 2, aunque esta cláusula se refiere específicamente al proceso penal y sus garantías específicas. Sin embargo, la Corte IDH tiene dicho que las garantías procesales establecidas en el artículo 8, inc. 2, en cuanto sea compatible, también determinan los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter<sup>96</sup>.

### *Artículo 8, inc. 2:*

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

---

<sup>96</sup> Corte IDH, OC-11/90, párr.28; Corte IDH, Caso “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros*) vs. Guatemala, del 8-3-98, párr. 149; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, del 31-1-01, párr. 70; Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, del 2-2-01, párr. 125; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6-2-01, párr. 103; Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, párr. 149.

- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
  - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
  - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
  - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
  - h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
  4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
  5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

A los fines metodológicos de este informe, propongo organizar los derechos vinculados con el proceso civil que surgen de las normas mencionadas y sus concordantes en los derechos constitucionales nacionales, así como en el derecho comparado, en tres bloques relacionados con el trámite del juicio:

### **1. Derechos anteriores al proceso judicial**

Derecho de acceso a la justicia  
 Derecho a la asistencia legal  
 Derecho al juez natural

### **2. Derechos durante el proceso judicial**

Derecho a la igualdad de partes durante el proceso  
 Derecho a la equidad de los procedimientos  
 Derecho a la comunicación previa y detallada de la demanda  
 Derecho de acceso al expediente  
 Derecho a ser oído (su relación con la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia)  
 Derecho a un tribunal imparcial  
 Derecho de defensa en juicio  
 Derecho a la tutela efectiva y oportuna (plazo razonable)  
 Derecho a contar con un intérprete

### 3. **Derechos posteriores al proceso judicial**

Derecho a apelar la sentencia (doble instancia).

A continuación, desarrollaré cada uno de estos bloques.

#### 1. ***Derechos anteriores al proceso judicial***

El derecho de acceso a la justicia o, en otras palabras, a la posibilidad de defender los derechos propios ante un juez, es la precondition misma del ejercicio de todos los derechos humanos y se encuentra vinculado con la garantía judicial de protección frente a cualquier eventual afectación de derechos provocada por el Estado o por los particulares.

Frente a la escasa jurisprudencia nacional e interamericana en materia de derechos humanos aplicados a los procesos civiles, resulta de utilidad detenerse en las lecciones que al respecto nos brinda el derecho comparado. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado una vasta casuística referida a la interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos en cuanto a la prescripción en su artículo 6to del derecho a un proceso equitativo o *fair trial*, asimilable al derecho al debido proceso que prevé la Convención Americana sobre Derechos Humanos –arts. 8, inc. 2 y 25 citados– y sus equivalentes en las constituciones de la región:

Artículo 6 (Convención *Europea de Derechos Humanos*)

*Derecho a un proceso equitativo.*

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.



2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
  - a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
  - b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
  - c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;
  - d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
  - e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

La interpretación de este artículo que ha desarrollado la Corte Europea de Derechos Humanos completa la caracterización del alcance del derecho, sobre todo en torno a tres ejes: el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la asistencia legal y la igualdad de armas<sup>97</sup>. Respecto del primero de estos derechos, es importante destacar el caso *Colder v. U.K.*<sup>98</sup> pues fue probablemente el primero en el que el tribunal se detuvo a trabajar en el derecho de acceso a la justicia como parte del derecho al juicio justo. Esta sentencia se refiere al caso del interno de una cárcel al que el Secretario de Interior le negó el permiso en 1975 para iniciar una acción civil contra un agente del servicio penitenciario por difamación. La Corte entendió que el derecho protegido por el artículo 6to había sido violado porque el derecho a acceder al juez había sido negado y que este comprendía el derecho a tener un juicio justo, pues si se entendiera que este último derecho no incluyera el de iniciar acciones, un Estado parte podría cerrar sus tribunales sin que ello implique que ha violado la Convención. Este derecho de acceso a la justicia, especialmente en sede civil, pero también en el fuero penal, se ha convertido con el

<sup>97</sup> ROZAKIS, C., *The right to a fair trial in civil cases*, *Judicial Studies Institute Journal*, (2004), pp. 98-103.

<sup>98</sup> (1979) 1 E.H.R.R. 524, (1975) E.C.H.R. 4451/70. Ver párrafos 28 y siguientes.

tiempo en uno de las garantías más importantes comprendidas en el art. 6to<sup>99</sup>.

En cuanto al derecho a la asistencia legal apropiada, es relevante el caso *Airey v. Irlanda*<sup>100</sup>, el cual se refiere a una mujer indigente a la que se le había negado el acceso a la asistencia legal en un litigio especialmente complejo. En este la Corte entendió que ese rechazo implicaba también la negativa a acceder al juez. Aquí el Tribunal distinguió entre los procesos penales y civiles indicando que la asistencia jurídica es requerida en estos últimos solo en aquellas situaciones en las que la persona no pueda defender su caso eficazmente.

La Corte Europea también entendió que se había violado el art. 6 en el caso *de la Pradelle v. Francia*<sup>101</sup> en el que el gobierno no había informado apropiadamente a las personas involucradas sobre las consecuencias de un decreto sancionado sobre el ejercicio de su derecho de propiedad. Para el Tribunal, el derecho de acceso a la justicia comprende el derecho a poder preparar correctamente la defensa de un caso civil originado en la adopción de medidas que pudieran afectar derechos civiles.

Otro grupo de casos relevantes en materia de acceso a la justicia en materia civil en el ámbito del tribunal europeo son aquellos que establecen límites razonables a ese acceso, tales como *Fayed v. United Kingdom*<sup>102</sup> y *Osman v. United Kingdom*<sup>103</sup>. En este último, la Corte entendió que el derecho de acceso a la justicia se había violado al haberseles negado a los demandantes la posibilidad de iniciar su acción contra un agente de la policía sobre la base de una inmunidad completa que protegía a la policía frente a cualquier demanda civil por proceder negligente en el ejercicio de sus obligaciones. Aquí la Corte entendió que la inmunidad total debía ser considerada como una restricción inaceptable por su carácter absoluto. El caso *Osman* fue sin embargo dejado de lado en la decisión de un caso similar en el que se le concedían inmunidades totales a funcionarios vinculados con el cuidado de niños, sobre la base de que este caso era diferente *Osman*<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> ROZAKIS, *op. cit.*

<sup>100</sup> (1979) 2 E.H.R.R. 305.

<sup>101</sup> (1992) E.C.H.R. 12964/87.

<sup>102</sup> (1994) 18 E.H.R.R. 393, (1994) E.C.H.R. 17101/90.

<sup>103</sup> (2000) 29 E.H.R.R. 245, (1998) E.C.H.R. 23452/94.

<sup>104</sup> ROZAKIS, *op. cit.*, pp. 98-103.

Finalmente, respecto de la protección del derecho de acceso a la justicia, el derecho a ser oído y a la tutela judicial efectiva, la Corte IDH ha decidido en el caso *Cantos* que la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa (por no pagarla en plazo) previstas por la legislación argentina constituían “una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aun cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda”, declarando en consecuencia que el Estado argentino violó el derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la CADH<sup>105</sup>.

Además de estas aplicaciones puntuales del derecho de acceso a la justicia, este derecho requiere de regulaciones específicas en materia de legitimación activa cuando los casos sean colectivos o estructurales. Me referiré a este punto más abajo, en las secciones correspondientes a este tipo de litigios en particular.

## **2. Derechos a ser respetados durante el proceso judicial**

### *Introducción y Derecho Comparado.*

Según indican algunos autores, el derecho al juicio justo o *fair hearing* se refiere a un principio general que difiere parcialmente en el modo en que se aplica a casos civiles y a casos penales<sup>106</sup>. La Corte Europea ha sostenido en este sentido que “los Estados parte tienen una mayor laxidad en materia de casos civiles en lo que se refiere a los derechos civiles y las obligaciones contraídas que la que tienen en los casos penales” (*Dombo Beheer B.V v. The Netherlands*)<sup>107</sup>. Así, si bien algunas de las garantías previstas en el art. 6 de la Convención Europea, como por ejemplo el inc. 3 (derecho a la asistencia legal o a interrogar testigos) pueden ser también aplicadas tanto al juicio penal como al civil como parte de la noción de *fair hearing*, no se aplicarían con el “mismo rigor” o del mismo modo en los procesos civiles que en los penales. Lo mismo sucedería con el principio de igualdad de armas (art. 6, inc. 1). De este modo, de algunos de los casos decididos por la Corte Europea surgen lineamientos de las obligaciones de los Estados firmantes respecto de la garantía de un juicio justo o *fair hearing* en el marco de un proceso civil. En primero lugar, según este tribunal, a diferencia de lo que sucede en los juicios penales, no

<sup>105</sup> Corte IDH, Caso *Cantos vs. Argentina*, del 28-11-02, párr. 54.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> (1993) E.C.H.R. 49 14448/88.

es absolutamente necesaria la presencia de la parte ante el juez, salvo en circunstancias excepcionales, como por ejemplo aquella en la que el magistrado debe evaluar la personalidad del individuo. En la mayoría de los casos la presencia del abogado de la parte es suficiente para satisfacer el requisito de equidad o *fairness*. En segundo término, respecto del principio de “igualdad de armas”, la Corte ha establecido que en el marco de causas civiles, “las partes del proceso deben tener una oportunidad razonable de presentarse ante la Corte en condiciones que no impliquen una desventaja *vis-a-vis* su oponente” (*Kaufman v. Bélgica*)<sup>108</sup>. En *Ruiz Mateos v. España*<sup>109</sup> la Corte entendió que este principio se hallaba violado debido a que no se les permitió a los demandantes responder a las presentaciones realizadas por escrito por el Consejo de Estado ante la Corte de Apelaciones. En *Stran Greek Refineries y Stran Andreadis v. Grecia* la Corte afirmó que “el principio de *rule of law* y la noción de juicio justo surgida a partir de lo establecido en el art. 6 impiden toda interferencia de la legislatura con la administración de justicia que tenga por objeto influencia la decisión judicial de la disputa”<sup>110</sup>. Finalmente, el tribunal europeo ha sido consistente en su entendimiento de que los tribunales nacionales en materia civil no están obligados a seguir las reglas de la prueba en materia penal (*evidence*). Así, ha afirmado que el margen de apreciación de los Estados parte de la Convención pueden decidir sobre esas reglas, siempre que no se violen las garantías del proceso previstas en el art. 6.

Análisis de derechos específicos:

1. *Oralidad (principio de inmediatez, vinculado con el anterior).*

Es posible extraer de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la obligación de asegurar en el marco de proceso civil la garantía del debido proceso en el sentido de que el juez decida de primera mano y no a través de empleados subalternos o de escritos judiciales que carecen de la información completa y necesaria para resolver el pleito. Este derecho, que se asocia al principio de inmediatez, requiere que el juez decida sobre la base de un criterio que se forma personalmente. Así, han surgido en América Latina debates y propuestas para reformar el proceso civil de modo que atienda esta

---

<sup>108</sup> Decisión de la Comisión del 9 de diciembre, 1986, D.R. 50, p. 98, at p. 115. 10938/84.

<sup>109</sup> (1993) 16 E.H.R.R. 505, [1993] E.C.H.R. 12952/87.

<sup>110</sup> (1994) E.C.H.R. 48, 13427/87, párrafos 46 y 49.

obligación básica de los Estados en cuanto a asegurar el debido proceso, aunque sin mayor éxito o avance en ninguna de ellas. En este sentido, es preciso avanzar en la región con propuestas de reforma que apunten a lograr la oralidad del proceso civil como condición necesaria para asegurar la vigencia del principio de inmediatez<sup>111</sup>.

## 2. *Igualdad de partes.*

Respecto de la igualdad y equilibrio entre las partes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado, en referencia a los procedimientos ante sus estrados y en base a lo establecido por el Reglamento propio, que:

“29. En materia probatoria rige el principio del contradictorio, que respeta el derecho de defensa de las partes. El artículo 44 del reglamento contempla este principio, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba para que haya igualdad entre las partes. 30. Según la práctica del Tribunal, al inicio de cada etapa procesal las partes deben señalar qué pruebas ofrecerán en la primera oportunidad que se les concede para pronunciarse por escrito. Además, en ejercicio de las potestades discrecionales contempladas en el artículo 45 de su reglamento, la Corte o su Presidente podrán solicitar a las partes elementos probatorios adicionales como prueba para mejor resolver, sin que ello se traduzca en una nueva oportunidad para ampliar o complementar los alegatos, salvo que el Tribunal lo permita expresamente”<sup>112</sup>.

## 3. *Plazo razonable.*

La excesiva demora de los tribunales nacionales de América Latina en resolver las causas ante su consideración ha sido un tema recurrente en la jurisprudencia de la Corte IDH, órgano que la ha asociado a la violación del deber de proteger el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso. Así, en el caso *Kimel*, la Corte IDH decidió que la duración de casi nueve años del proceso penal en contra de la víctima por un alegado delito contra el honor excedió los límites de lo razonable<sup>113</sup>. En el caso *Bulacio*, la Corte IDH señaló que “El derecho

<sup>111</sup> OTEIZA, E., *El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino*, disponible en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip4arg.pdf>

<sup>112</sup> Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne*, párr. 178; Corte IDH, OC- 17/02, párr. 132. También Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, del 17-6-05, párrs. 115-116.

<sup>113</sup> Corte IDH, Caso *Kimel vs. Argentina*, del 2-5-08, párr. 97.

a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”<sup>114</sup>.

Los tribunales internacionales y nacionales coinciden en que el análisis respecto de la razonabilidad del plazo debe realizarse “caso por caso”, no debiéndose hacer en abstracto ni, como consecuencia, establecerse por ley. Esto ha sido criticado por algunos autores en el ámbito del proceso penal para quienes el plazo razonable debe establecerse por ley, por lo que desde su perspectiva la jurisprudencia según la cual “el plazo razonable dentro del cual el imputado debe ser juzgado no es, llamativamente, un plazo en sentido procesal penal, esto es, una condición temporal de validez de un acto procesal o de un conjunto de ellos (todo el proceso), sino una categoría indeterminada que permite, a quien *ex post processus* deba juzgar la razonabilidad de su duración, establecerla según criterios obvios pero imprecisos, de modo que faciliten la discrecionalidad en la decisión, según predilecciones y preferencias ... no brinda una opinión aceptable, desde el punto de vista de los derechos fundamentales del acusado, sobre el significado del derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable”<sup>115</sup>.

Los criterios para realizar el análisis de la razonabilidad del plazo en cada caso según reiterada jurisprudencia de la Corte IDH son: i) complejidad del asunto, ii) actividad procesal del interesado, y iii) conducta de las autoridades judiciales<sup>116</sup>.

#### 4. *Imparcialidad del juez.*

La Corte IDH ha sostenido que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos y que, por lo tanto, la justicia no solo debe ser hecha, sino que también debe verse qué se hace<sup>117</sup>. De este modo, el tribunal americano ha adoptado una postura equivalente a la de

<sup>114</sup> Corte IDH, Caso *Bulacio*, párr. 115. Ver también Corte IDH, Caso *Las Palmeras*, ya cit., párr. 49.

<sup>115</sup> PASTOR, D. R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc (2002), p. 221.

<sup>116</sup> Corte IDH, Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, párr. 77; Corte IDH, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26-09-06, párr. 102, Corte IDH, Caso *Escué Zapata vs. Colombia*, del 4-7-07, párr. 102, Corte IDH, Caso *Kimel*, párr. 97.

<sup>117</sup> Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2-7-04, párr. 170.

otras cortes nacionales e internacionales que han desarrollado la doctrina de la *apariencia de imparcialidad*.

El derecho al debido proceso que reconocen las democracias liberales consiste en asegurarle a toda persona que será tratada por el Estado, y en particular por los jueces, de modo tal que no pese sobre ella ningún trato que pueda considerarse desigual o arbitrario en el proceso de aplicación de la ley. Los derechos de debido proceso y de igualdad de trato, siendo este segundo principio precondition del primero, comprenden no solo el respeto cierto del principio de independencia y neutralidad del magistrado, sino que también imponen la *expectativa* de que la decisión que se tome sea respetuosa de la igualdad ante la ley. El derecho al debido proceso supone que el justiciable reconozca en el juez una autoridad a la que le asigna legitimidad subjetiva, en el sentido de que no solo sea objetivamente la autoridad competente, sino que las partes le reconozcan legitimidad<sup>118</sup>. En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 60 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En los casos *Piersack vs. Bélgica*<sup>119</sup> y *Cubber vs. Bélgica*<sup>120</sup>, esa Corte ha sostenido que existe una serie de garantías que el tribunal está obligado a brindar al justiciable en base a la función judicial que desempeña, aludiendo a una noción de imparcialidad que luego retoma en el caso *Kyprianou vs. Chipre*<sup>121</sup> y que se vincula con la doctrina de la *apariencia de imparcialidad* que deben asegurar los tribunales y que surge también en la decisión *Delcourt vs. Bélgica*<sup>122</sup>. El Tribunal afirma en esta jurisprudencia que esa apariencia de imparcialidad es relevante para asegurar al justiciable su confianza en los tribunales sobre la base de la convicción de que estos no deben solo hacer justicia, sino que también deben buscar que las partes que llevan sus casos ante los estrados de los tribunales deben *considerar* que se ha hecho justicia. El Tribunal expresa en *Piersack* que la necesaria confianza que los ciudadanos deben tener en sus jueces es parte de la garantía de imparcialidad de los

<sup>118</sup> SABA, R., *Laicidad y símbolos religiosos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México (2013).

<sup>119</sup> *Christian Piersack vs. Bélgica*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 1o. de octubre de 1982.

<sup>120</sup> *Albert de Cubber vs. Bélgica*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 26 de octubre de 1984.

<sup>121</sup> *Michalakis Kyprianou vs. Chipre*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 27 de enero de 2004.

<sup>122</sup> *Emile Delcourt vs. Bélgica*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 17 de enero de 1970.

decisores judiciales. Esta relación entre confianza en los jueces por parte de los justiciables y la noción de imparcialidad de los juzgadores surge también en el caso *Cubber*. Más tarde, en el caso *Hauschildt vs. Dinamarca*<sup>123</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que el juicio sobre la imparcialidad del juzgador no debe realizarse en abstracto, sino que es necesario que la expectativa de imparcialidad pueda extraerse a partir de indicadores objetivos. Esa Corte retoma esta doctrina de la apariencia de imparcialidad en los casos *Sainte-Marie vs. Francia*<sup>124</sup>, *Fey vs. Austria*<sup>125</sup>, *Padovani vs. Italia*<sup>126</sup>, *Bulut vs. Austria*<sup>127</sup> y *Saraiva de Carvalho vs. Portugal*<sup>128</sup>. De acuerdo con esta línea argumentativa, la independencia y neutralidad de los jueces son un factor fundamental para el aseguramiento de los derechos de acceso a la justicia, de igualdad y de debido proceso, pero es también determinante la apariencia de neutralidad e independencia para lograr la *creencia* de la persona que se somete a la decisión de los tribunales de que estos velarán por sus derechos<sup>129</sup>. Así el Tribunal Europeo desarrolló esta doctrina de la *apariciencia de imparcialidad* –que también podría denominarse por su opuesto, la *appearance of bias*– fundada en el principio de debido proceso y, en consecuencia, en su presupuesto, la igualdad. La conexión entre la noción de imparcialidad y la necesaria confianza que el justiciable debe tener en el juez no es una novedad en el derecho procesal y en la doctrina referida a la necesidad de evitar los conflictos de intereses del juzgador, como lo ilustra la regla que en muchos derechos procesales de diversos sistemas legales nacionales, permiten a las partes de un pleito recusar a un juez con o sin causa<sup>130</sup>. Estas normas se justifican en la posibilidad de que un juez sea apartado de una causa cuando una

<sup>123</sup> *Mogens Hauschildt vs. Dinamarca*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 24 de mayo de 1989.

<sup>124</sup> *Sainte-Marie vs. Francia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 16 de diciembre de 1992.

<sup>125</sup> *Hans Jürgen Fey vs. Austria*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 24 de febrero de 1993.

<sup>126</sup> *Alessandro Padovani vs. Italia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 26 de febrero de 1993.

<sup>127</sup> *Bulut vs. Austria*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 22 de febrero de 1996.

<sup>128</sup> *Claudia Saraiva de Carvalho vs. Portugal*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH, 22 de abril de 1994.

<sup>129</sup> RICHARDSON OAKES, A.; DAVIES, H., *Process, Outcomes and the Invention of Tradition: The Growing Importance of the Appearance of Judicial Neutrality*, 51 *Santa Clara L. Rev.* 573 (2011), available at <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol51/iss2/5>

<sup>130</sup> SABA, R., *Laicidad y símbolos religiosos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México (2013).



de las partes entienda que existe la *posibilidad* de que el magistrado no sea imparcial a partir de manifestaciones realizadas en el pasado *antes* de emitir su decisión. Así, es la desconfianza del justiciable la que se convierte en la justificación del pedido de apartamiento de un magistrado particular de una causa.

Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos desplegó una doctrina equivalente a la de su par europeo al interpretar el alcance del derecho al debido proceso en un conjunto de sentencias en las que se debatía la constitucionalidad de la elección popular de jueces y el financiamiento de sus campañas electorales por afectar este último la neutralidad de los magistrados. En *Caperton vs. A.T. Massey Coal Co.*<sup>131</sup>, la Corte no estableció una relación directa entre la sospecha de parcialidad del juez como consecuencia de haber recibido donaciones para su campaña electoral para acceder al cargo, sino que afirmó que existía el *riesgo* de que pudiera existir parcialidad en las decisiones de los jueces como consecuencia del financiamiento recibido en sus campañas electorales. La opinión suscripta por la mayoría del Tribunal sostuvo que la Enmienda XIV establece que la imparcialidad del juez no está solo determinada por la existencia de una parcialidad real, sino también por la *debida apariencia de imparcialidad* que debe proyectar el magistrado. En este sentido, la Corte ha sostenido que, en el caso de marras, existiendo “una expectativa realista de que pueden existir tendencias psicológicas y debilidades humanas”, existe “el riesgo de parcialidad real o de prejuizamiento por lo que la práctica debe ser prohibida para que se implemente adecuadamente la garantía del debido proceso”. En el caso *Republican Party of Minnesota vs. White*<sup>132</sup>, la Corte Suprema de Estados Unidos indicó que incluso si los jueces se inhibieran de favorecer a los donantes a sus campañas electorales, resulta inadmisibles que exista “la mera posibilidad de que sus decisiones pudieran estar motivadas en el deseo de recompensar a los que apoyaron con contribuciones a sus campañas socavaría la confianza pública en el Poder Judicial”. Para completar el panorama de derecho comparado, es importante señalar que los jueces del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte han decidido casos en el mismo sentido, como por ejemplo *R. vs. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, en el que Lord Hewart C. J. afirmó que “es de fundamental importancia no solo que se haga justicia,

<sup>131</sup> *Caperton vs. A.T. Massey Coal Co.*, 129 S. Ct. 2252, 2009.

<sup>132</sup> *Republican Party of Minn. vs. White*, 536 U.S., 2002, pp. 765 y 788-790.

sino que se ponga de manifiesto que no existan dudas de que se ha percibido que se ha hecho”<sup>133</sup>.

El derecho al debido proceso legal, que rige tanto para las decisiones de los poderes políticos del Estado como para el Poder Judicial, supone el principio de igualdad de trato de los particulares por parte del Estado y este ideal de igualdad requiere no solo de la ausencia de tratos arbitrarios, como sucede en el caso de los tribunales y la exhibición en estos de imágenes religiosas, sino que además demanda la apariencia de imparcialidad que motiva la creencia del justiciable de que será tratado de acuerdo con el principio de igualdad.

##### 5. *Comunicación previa y detallada de la demanda.*

El derecho al debido proceso requiere de la comunicación previa y detallada de la demanda de modo que la parte que la recibe pueda elaborar debidamente su defensa. Aquí se aplicará por analogía al ámbito del derecho civil lo sostenido por la Corte IDH en materia penal, órgano que ha asegurado en forma reiterada que “el artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa”. Este tribunal ha señalado que “es preciso considerar particularmente la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen el derecho a la libertad personal”<sup>134</sup>. Algunos autores han opinado que “el derecho a recibir una comunicación previa y detallada, no es exclusiva de los acusados en procesos penales, sino que es un requisito inexcusable, en todo tipo de proceso, que los litigantes tengan noticia o conocimiento tanto de su promoción como de cada una de sus etapas, en las cuales el ejercicio de alguno de sus derechos pueda ser afectado. Así, esta garantía procesal exige establecer formalidades de notificación de los actos procesales, que, lógicamente, difieren con diversos matices en los distintos tipos de proceso”<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> *R. vs. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, 1 K. B., 1924, pp. 256 y 259.

<sup>134</sup> Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne*, párr. 225; Corte IDH, Caso *López Alvarez vs. Honduras*, párr. 149.

<sup>135</sup> THEA, F., Comentario al art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en ALONSO REGUEIRA, E. (Coord.) *La Convención Americana de Derechos*

### 6. *Derecho a no autoinculparse.*

Como ya se ha sostenido en este documento, las garantías procesales reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son aplicables a todos los tipos de proceso. Es correcto afirmar que como consecuencia de la estrecha relación que existe entre el derecho a no auto-inculparse y el principio de inocencia, esta última garantía cobra en el proceso penal un lugar central y mayor que en el resto de los procesos, siendo el caso de estos últimos que el ejercicio del derecho a guardar silencio será entendido como indicio de la veracidad de las alegaciones de la otra parte, lo cual resulta inaceptable en los procesos penales<sup>136</sup>.

### 7. *Presunción de inocencia en materia civil.*

Si bien la presunción de inocencia es una garantía procesal clásica del juicio penal, esta también es aplicable a todos los tipos de proceso<sup>137</sup>, aunque con variaciones. En materia civil la presunción supone que la parte demandante tiene la carga de probar la responsabilidad del demandado (existencia del hecho ilícito o dañoso, la autoría del hecho, la relación de causalidad entre el daño y el hecho, o el dolo o culpa del acusado) pero debe adaptarse con matices, como por ejemplo el principio de la carga dinámica de la prueba, la responsabilidad objetiva, o las presunciones para acreditar el dolo o la culpa.

## III. DERECHOS POSTERIORES AL PROCESO JUDICIAL O DERECHO A APELAR LA SENTENCIA (DOBLE INSTANCIA)

Del texto del artículo 8, incisos 1 y 2.h, se desprende con aparente claridad que mientras las garantías judiciales enumeradas en la primera de esas norma (“derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”) son esenciales “para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, la denominada garantía de doble instancia prescripta en el

---

*Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Ed. La Ley (2012), pp. 127-166, en p. 150.

<sup>136</sup> *Id.*, p. 162.

<sup>137</sup> Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, del 12-11-97, párr. 77.

inciso 2.h del artículo 8 (“derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”) se aplica exclusivamente a “toda persona inculpada de delito”, es decir, en el marco de causas penales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado esta doctrina en numerosos casos entre los que sobresalen *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*<sup>138</sup>, *Barreto Leiva vs. Venezuela*<sup>139</sup>, y *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*<sup>140</sup>. La cuestión que sin embargo continúa siendo objeto de debate es si para la Corte Interamericana la garantía de la doble instancia podría extenderse a juicios no penales por encontrarse comprendida por la garantía del debido proceso, como por ejemplo juicios civiles. El origen de este debate se encuentra en cierta ambigüedad en la posición de la Corte y que se manifiesta por medio de al menos cuatro pronunciamientos del Tribunal en los que ha deslizado que la exigencia de una instancia judicial revisora, que el Pacto ubica de forma expresa en el contexto de las causas penales, podría imponer a los Estados obligaciones más allá de ese tipo de litigio. El primero de esos pronunciamientos es la Opinión Consultiva OC-17/02, en la que la Corte afirma que la garantía de la doble instancia se extiende a todos los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños<sup>141</sup>. El segundo de esos pronunciamientos en los que el Tribunal Interamericano ha exigido el cumplimiento de la garantía referida más allá de lo dispuesto expresamente en el art. 8, inc. 2.h., fue presentado en el caso *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*<sup>142</sup> en el que se debatía acerca de los derechos de empleados públicos despedidos en el marco de un proceso administrativo. Allí la Corte afirma que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados del numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de los derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos órdenes ...”<sup>143</sup>. En este caso, los denunciantes habían intentado impugnar por medio de diferentes procesos judiciales las medidas administrativas que habían conducido a su desvinculación como empleados del Estado. Como consecuencia del hecho de que ninguna de ellas prosperó, la Corte sostuvo

<sup>138</sup> Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, ver párr. 158.

<sup>139</sup> Sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C N° 206, ver párrs. 88, 89 y 90.

<sup>140</sup> Sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, ver párr. 161.

<sup>141</sup> Corte IDH, OC-17/02, 28 de agosto de 2002, ver párr. 10.

<sup>142</sup> Sentencia del 28 de noviembre de 2003, Serie C N° 104.

<sup>143</sup> Caso *Baena*, párr. 125.

que se había incumplido con lo dispuesto con los arts. 8.1. y 8.2., entendiendo que debe existir un control jurisdiccional de un proceso administrativo “sancionatorio”<sup>144</sup>. El tercer pronunciamiento de la Corte Interamericana que alimenta el debate sobre la posible extensión de la garantía de la doble instancia más allá del fuero penal, es la Opinión Consultiva OC-11/90<sup>145</sup>, en la que el Tribunal debió responder a la consulta acerca de si era posible aplicarle a un indigente el requisito de agotamiento de los recursos internos, dado que no contaba con los medios económicos para lograrlo. La Corte se refirió en esta Opinión a las garantías desprendidas del debido proceso legal y si bien no hizo referencia expresa a la cuestión de la exigencia de la doble instancia, afirmó que “... en materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el art. 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso...”<sup>146</sup>. Esta referencia amplia a la relación entre el debido proceso o *due process of law* y lo establecido en los incisos 1 y 2.h del artículo 8 ha llevado a algunos a deducir, entre otros argumentos, que la garantía de la doble instancia debería extenderse a todos los litigios más allá del penal en virtud del mandato convencional de que estos cumplan con la garantía del debido proceso incluso invocando el principio *pro homine*<sup>147</sup>. Finalmente, en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*<sup>148</sup> la Corte ha insinuado la extensión de la garantía de la doble instancia más allá del litigio penal, esta vez en el marco de un juicio político llevado a cabo contra los magistrados del Tribunal Constitucional que fueron destituidos de modo irregular bajo el gobierno de Alberto

<sup>144</sup> Caso *Baena*, párr. 126.

<sup>145</sup> OC-11/90, del 10 de agosto de 1990.

<sup>146</sup> OC-11/90, párr. 28.

<sup>147</sup> Para argumentos en este sentido ver KIELMANOVICH, J., *La doble instancia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *La Ley*, 2006-C-964. También ver el fallo de la Cámara Civil y Comercial, Mar del Plata, Argentina, Sala 2ª, 14 de abril de 2007, donde se afirma que el art. 8, inc. 2.h es aplicable a los procesos civiles. Ver comentario a este fallo por RIVAS, A. A., *Jurisprudencia Argentina*, 2008-I, Fascículo 9, p. 15.

<sup>148</sup> Sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C N° 71.

Fujimori. El Tribunal, apoyándose en lo que ya había afirmado en la OC-11/90, sin referirse expresamente a la cuestión de la doble instancia, transcribió el art.8 inc. 2.h y afirmó que el Estado había violado la garantía de defensa en juicio en el marco de un proceso no penal, haciendo hincapié en el hecho de la falta de independencia de los juzgadores, pero no por ausencia de apelación.

En suma, no es posible afirmar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya interpretado el art. 8 de la Convención de modo tal que sea posible aseverar que los Estados firmantes del Pacto se encuentran obligados a asegurar una instancia revisora en causas que no sean penales, aunque no es menos cierto que el Tribunal ha mantenido una cierta ambigüedad respecto de la posibilidad de entender que la garantía del debido proceso o *due process of law* podría incluir el derecho de revisión de la decisión estatal en algunos casos particulares, tal como lo afirmó en la OC-11/90 mencionada más arriba. Por su parte, también es necesario advertir que la extensión sin restricciones de la garantía de la doble instancia a causas no penales y, en particular, a causas civiles, colocaría en situación de incumplimiento a todos aquellos Estados firmantes que han diseñado sus sistemas jurídicos con diversos procesos de instancia única, entre los que se encuentran no solo los juicios desarrollados en materia laboral, de familia o civil, por ejemplo, sino incluso aquellos procedimientos previstos para reglar la tramitación de casos ante Superiores Tribunales estatales o Supremas Cortes de Justicia nacionales o federales en jurisdicción originaria y única, como sucede en el caso argentino. Está de más decir que dada la obligación surgida del art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, el hecho de que estos sistemas no se encuentren debidamente equipados no es razón suficiente para exceptuarlos de una posible obligación que podría surgir del acuerdo internacional, pero el hecho de que han sido diseñados de ese modo y que continúan así podría ser un indicio respecto del modo en que esos Estados han entendido el contenido de los acuerdos suscriptos.

#### **IV. REFORMA PROCESAL CIVIL Y AFECTACIONES COLECTIVAS Y ESTRUCTURALES DE DERECHOS**

##### **1. Litigios colectivos y complejos**

Otro foco de debate en torno a una eventual reforma procesal civil que se ajuste a los mandatos constitucionales y convencionales de derechos humanos, bastante más avanzado a nivel académico, pero

con muy poco desarrollo a nivel legislativo, es el de la regulación de procesos colectivos y complejos, como por ejemplo los que se refieren a los reclamos de consumidores. Existe un extendido consenso sobre la necesidad de legislar en muchos países de la región sobre diferentes elementos centrales del proceso civil, como por ejemplo la legitimación activa, la participación de *amici curiae* en determinadas causas en las que se encuentre involucrado el interés público, y la regulación de los remedios judiciales, de modo que no solo contemple la compensación por daños, sino también la reparación del grupo afectado en un sentido integral, con el fin de evitar la repetición en el futuro de las afectaciones que dieron origen al litigio. Estas reformas harían posible o facilitarían la presentación de casos, involucrando demandas agregadas de litigantes reunidos en grupos o clases y su regulación es la que en el derecho comparado se estudian bajo el nomenclador de litigios complejos o, más específicamente, acciones de clases<sup>149</sup>.

Una de las reformas clave para el progreso de las acciones de clase o colectivas se refiere al reconocimiento de la legitimación activa por parte de la legislación a grupos de litigantes con similares afectaciones o a asociaciones que puedan asumir una representación formal o no-formal del grupo afectado. En el derecho argentino, por ejemplo, fue fundamental –aunque para la interposición de la acción de amparo y no para casos ordinarios–, la incorporación del art. 43 a la Constitución Nacional en la reforma efectuada en 1994. Este artículo, por un lado, reconoce la existencia de los denominados “derechos de incidencia colectiva”, respecto de los cuales no da una definición ni determina su alcance, sino que ofrece algunos ejemplos que servirán para extrapolar el concepto que define a este tipo de derechos: derechos de los consumidores, derecho al medioambiente, derecho a no ser discriminado y derecho de la competencia, no agotando esta lista el universo de los derechos que entran bajo esta categoría. La determinación del alcance del concepto de derecho de incidencia colectiva ha corrido por cuenta de los jueces como funcionarios encargados de interpretar la cláusula constitucional en un régimen de control judicial de constitucionalidad como el de Argentina. Por

---

<sup>149</sup> VERBIC, F., *Procesos colectivos: Necesidad de su regulación*, en *Revista La Ley*, 2010-A, p. 769, Buenos Aires (2010); OTEIZA, E., *¿Debemos reformar la justicia civil? Los procesos colectivos como una pieza clave de una reforma imprescindible*, disponible en [https://www.academia.edu/11575688/\\_Debemos\\_reformar\\_la\\_justicia\\_civil\\_Los\\_procesos\\_colectivos\\_como\\_una\\_pieza\\_clave\\_de\\_una\\_reforma\\_imprescindible](https://www.academia.edu/11575688/_Debemos_reformar_la_justicia_civil_Los_procesos_colectivos_como_una_pieza_clave_de_una_reforma_imprescindible). Ver también DE LOS SANTOS, M., *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, J. A. 2005-IV-1269.

otro lado, y en un giro radical de paradigma en materia procesal, el art. 43 reconoce la legitimación activa no solo del afectado, sino también del Defensor del Pueblo y de las asociaciones civiles creadas con el objeto de proteger esos derechos, las que tendrán la capacidad legal necesaria para interponer la acción de amparo. En Argentina, esta acción es de carácter excepcional y no puede reclamarse por medio de ella una compensación económica, razón por la cual esta reforma constitucional generó la paradoja dada por el establecimiento de una legitimación activa amplia y apropiada para reclamos colectivos o estructurales en casos excepcionales, pero que no encuentra un paralelo en las normas de procedimiento civil para casos que busquen satisfacer reclamos equivalentes pero que no puedan atenderse por medio del amparo sino que necesiten de un juicio ordinario –más exigente en materia probatoria y menos perentorio con los tiempos que demande el proceso. De todos modos, los principios procesales establecidos por esta cláusula para la acción de amparo podrían servir de guía para la regulación legislativa de la legitimación activa para causas ordinarias en las que se busque la protección de un derecho colectivo o un derecho cuya afectación sea estructural.

Si bien el debate académico en la región ha avanzado considerablemente en esta materia, no puede decirse lo mismo de la legislación. Sin embargo, la Corte Suprema de Argentina ha desarrollado una serie de principios procesales a partir de casos particulares que ha debido decidir este tribunal y que podrían servir de guía para una eventual reforma legislativa. El caso más antiguo y que abrió el camino del tribunal en esta materia es *Halabi Ernesto c/ PEN s/ Amparo*<sup>150</sup>, de 2009, y es a partir de su doctrina que comienza a desarrollarse una verdadera teoría de la acción de clase aun frente a –o justamente como consecuencia de– la pasividad del Congreso en ese país<sup>151</sup>. Luego, en 2014, esa Corte decidió el caso *Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo*<sup>152</sup> en el marco de un amparo colectivo interpuesto por un grupo de 25 vecinos de una ciudad de la Provincia de Buenos Aires requiriendo a la prestadora

<sup>150</sup> *Halabi, Ernesto c/ PEN s/ Amparo*, C.S.J.N., sentencia del 24 de febrero de 2009.

<sup>151</sup> Ver también SAFI, L. K.; VERBIC, F., y GIANNINI, L. J., *Procesos colectivos y acciones de clase (a propósito del fallo de la CSJN en el caso 'Halabi')*, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, N° 3, disponible en [https://www.academia.edu/3715611/Procesos\\_colectivos\\_y\\_acciones\\_de\\_clase\\_a\\_prop%C3%B3sito\\_del\\_fallo\\_de\\_la\\_CSJN\\_en\\_el\\_caso\\_Halabi](https://www.academia.edu/3715611/Procesos_colectivos_y_acciones_de_clase_a_prop%C3%B3sito_del_fallo_de_la_CSJN_en_el_caso_Halabi)

<sup>152</sup> *Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, causa K.42.XLIX, decisión de diciembre de 2009.



del servicio de agua potable (ABSA) que arbitre los medios que hagan falta para reducir los niveles de arsénico en el agua. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de La Plata, capital de la Provincia, había confirmado la decisión del juez de primera instancia de admitir que se sumaran a la demanda original de las dos docenas de reclamantes, 2.641 personas que habitaban en esa localidad. El caso llegó a la Corte Suprema y este tribunal sostuvo que la acción interpuesta como un proceso colectivo en línea con lo sostenido por el tribunal en el caso *Halabi* se sustentó en el argumento de que por medio de ella se “procura la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable”. La Corte sostuvo que “el objeto de la pretensión, por su carácter, resulta insusceptible de apropiación individual”<sup>153</sup>, por lo que estaría justificado el reclamo colectivo. El tribunal afirmó que era necesario contar con reglas claras y oportunas para la discusión colectiva durante el proceso<sup>154</sup> y articuló las pautas que deberían regir el accionar de los jueces provinciales frente a pretensiones colectivas<sup>155</sup>. La Corte Suprema llamó la atención sobre el hecho de que el juez inferior, erróneamente, pese a calificar a la acción como amparo colectivo, recurrió “a reglas procesales incompatibles con ese tipo de proceso, soslayando las consecuencias negativas que tal temperamento ocasionaría en el normal trámite de la causa”<sup>156</sup>. La Corte pasó entonces a enumerar los precedentes que ella misma había emitido estableciendo las características que entiende principales de este tipo de procedimientos tal como fueran presentadas en el caso *Halabi* y “mantenidas consistentemente” **en fallos subsiguientes**<sup>157</sup>. Esta jurisprudencia puede ofrecer algunas claves para una eventual reforma procesal civil.

---

<sup>153</sup> Cons. 8.

<sup>154</sup> Cons. 11.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> Cons. 9.

<sup>157</sup> CSJN 361/2007 (43-P) *PADEC c/ Swiss Medical S.A.*, del 21 de agosto de 2013; CSJN 2/2009 (45-U) *Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. Ley 24.240 y otro s/ amparo proceso sumarísimo (artículo 321, inc. 2º, C.P.C. y C.)*, sentencia del 6 de marzo de 2014; CSJN 519/2012 (48-C) *Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A s/ ordinario*; y CSJN 1074/2010 (46-C) *Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ ordinario*, sentencia del 24 de junio de 2014; CSJN 1145/2013 (49-M) *Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo*, sentencia del 23 de septiembre de 2014; y la Acordada de la CSJN N° 32/2014.

A partir de la tesis articulada en estos precedentes, la Corte Suprema argentina dictó el 5 de abril de 2016 la CSJN la Acordada N° 12/2016 conteniendo un “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos” que, según sus propias palabras: “tendrá vigencia hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule este tipo de procesos”<sup>158</sup>. El problema que la Corte quiere atender con este Reglamento es el de la dispersión en diferentes tribunales nacionales federales de procesos colectivos que versen sobre “pretensiones idénticas”. El Tribunal había creado un Registro Público de Procesos Colectivos con el fin de que los tribunales de todo el país que recibieran este tipo de reclamos los informaran, pero ello no sucedió. Por ello, lo que este Reglamento busca es “asegurar la eficacia práctica del Registro (...) para, así, garantizar la población una mejor prestación del servicio de justicia”<sup>159</sup>. Ante la ausencia de una norma legal procesal dictada por el Congreso de la Nación que regule este tipo de procesos colectivos, la Corte justificó su iniciativa regulatoria en el segundo párrafo del art. 4° de la Ley 25.488 de reforma del Código Procesal Civil Comercial de la Nación, que establece expresamente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene la facultad de dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de la reforma<sup>160</sup>. Finalmente, el máximo tribunal federal del país afirmó que “este Tribunal, desde el año 2009, ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos –considerando 12° de *Fallos*: 322:111– no obstante ello, hasta la fecha no ha sido dictada normativa alguna que regule esta materia. Por tal motivo, resulta indispensable fijar reglas orientadas a ordenar la tramitación de este tipo de procedimientos a fin de evitar circunstancias que pueden conllevar a situaciones de gravedad institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule su procedimiento”<sup>161</sup>.

El Reglamento retoma las pautas de *Halabi* y su progenie, y faculta a los magistrados a requerir aclaraciones sobre la demanda que se interponga y establece que “aun cuando la demanda no sea promovida con carácter de colectiva, si el magistrado entiende que se trata de un supuesto comprendido en la Acordada 32/2014 deberá proceder en la forma establecida en el presente punto”.

---

<sup>158</sup> *Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos*, art. IV.

<sup>159</sup> Cons. 6.

<sup>160</sup> Cons. 9.

<sup>161</sup> Cons. 10.

A su vez, el Reglamento ordena la remisión de las causas sobrevinientes al juez que previno y afirma que “solo serán apelables la resolución que rechace la remisión de la causa al tribunal ante el cual tramita el proceso registrado y la decisión de este último de rechazar la radicación del expediente remitido”. Asimismo, la resolución judicial que estime la inscripción del proceso como colectivo es irrecurrible. Sobre la registración, el Reglamento ordena que “una vez registrado el proceso, no podrá registrarse otro que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva” y agrega que “la inscripción a la que se refiere el punto anterior producirá la remisión a dicho tribunal de todos aquellos procesos cuya pretensión presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva”. El juez deberá librar una “orden de certificación” luego de realizada la inscripción en el Registro y de correrle traslado de la demanda. El magistrado tendrá entonces que “ratificar o formular las modificaciones necesarias a la resolución de inscripción a que se refiere el punto V” y “determinar los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses”. A partir de allí, “el magistrado deberá actualizar en el Registro toda la información que resulte relevante en la tramitación de la causa”<sup>162</sup>.

Este procedimiento diseñado por la Corte Suprema de Argentina no agota las propuestas posibles de regulación ni excluye otras alternativas, pero pone de manifiesto la necesidad que avizora el tribunal de contar con una norma que fije un proceso para este tipo de reclamos y presenta algunas guías para discutir una reforma procesal en la materia.

## 2. Litigios en casos de violaciones estructurales de derechos

Finalmente, aunque es una perspectiva mucho menos desarrollada tanto en la academia, la legislación y la jurisprudencia de la región, también es preciso mencionar que existe la necesidad de ajustar el

<sup>162</sup> Texto completo de la Acordada disponible en [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/04/acordada-12\\_2016\\_reglamento-procesos-colectivos-demanda-competencia-certificac3b3n.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/04/acordada-12_2016_reglamento-procesos-colectivos-demanda-competencia-certificac3b3n.pdf). Ver el análisis de esta reglamentación en Verbic, Francisco, *Innovaciones reglamentarias de la Corte Suprema de Justicia para la gestión de procesos colectivos ante su falta de regulación legal en la República Argentina*, trabajo inédito disponible en [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/04/2015-11-innovaciones-reglamentarias-de-la-corte-suprema-para-la-gestic3b3n-de-procesos-colectivos-ceja\\_seminario-vic3b1a.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/04/2015-11-innovaciones-reglamentarias-de-la-corte-suprema-para-la-gestic3b3n-de-procesos-colectivos-ceja_seminario-vic3b1a.pdf)

proceso civil para poder procesar casos en los que la afectación de derechos es estructural y no solo colectiva. Este proceso, si bien emparentado con el anterior, no debe confundirse con aquel. Las afectaciones de derechos que este tipo de procesos deberían atender son aquellas que son provocadas por el accionar de instituciones públicas o privadas (cárceles, policía, escuelas, institutos de salud mental, etc.) o por medio de prácticas sociales extendidas y sostenidas en el tiempo (como aquellas que definen a la desigualdad estructural<sup>163</sup>). Siguiendo al profesor Owen Fiss, el Estado moderno y altamente burocratizado puede producir afectaciones de derechos por medio de su propio funcionamiento, generando discriminación estructural, marginación o segregación geográfica de grupos desaventajados, violencia institucional contra los más vulnerables, etc. En este tipo de situaciones, el proceso no debe buscar solo la tradicional compensación por daños, aunque no se la excluye, sino que aspira a que las reparaciones exigidas eviten que la afectación estructural continúe produciéndose en el futuro<sup>164</sup>. Esta clase de procesos deben reconocer una mayor libertad y discreción al juez en su búsqueda de una solución para casos en los que están en juego, por ejemplo, el interés público, los derechos civiles de los grupos más vulnerables y los derechos de los consumidores. El proceso, en estos supuestos, debería adoptar formas más flexibles y modernas, con menos constreñimientos derivados de un excesivo formalismo. Estas causas se caracterizan por contener a una multiplicidad de partes y requieren en consecuencia de procesos que hagan posible la generación de espacios de negociación que se asemejen muchas veces a los procesos legislativos<sup>165</sup>. Son procedimientos en los que, como en el ámbito de la política democrática, se persiguen objetivos de cambio social, pero a través de casos judiciales en los que se reclama por afectaciones estructurales de derechos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales de

<sup>163</sup> SABA, R., *(Des)igualdad estructural*, publicado en: *Revista Derecho y Humanidades* N° 11, Facultad de Derecho Universidad de Chile (2005); ALEGRE, M., y GARGARELLA, R. (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis, Buenos Aires (2007).

<sup>164</sup> FISS, O., *The Awkwardness of the Criminal Law*, en *Human Rights Quarterly*, Vol. 11, N° 1 (Feb., 1989), pp. 1-13. También en FISS, O., *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*, Dordrecht: Republic of Letters Publishing (2011). Publicado en castellano por Marcial Pons, Madrid (2013), bajo el título *Los mandatos de la justicia. Ensayos sobre Derecho y derechos humanos*, trad. de Roberto Saba.

<sup>165</sup> CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harvard Law Review*, 281; MINOW, M., *Some Thoughts on Dispute Resolution and Civil Procedure*, 34 *Journal of Legal Education*, 284 (1984), p. 287.

derechos humanos<sup>166</sup>. Esta clase de proceso civil, al igual que el que analicé en el parágrafo anterior, debe redefinir el concepto de parte, tanto en lo referente a la legitimación activa, como a la legitimación pasiva. Si la afectación de derechos es estructural, puede reconocérsele la capacidad para iniciar la acción incluso a personas físicas o jurídicas que no sean particularmente damnificadas. Si la afectación se produce respecto de un grupo racial, por ejemplo, no puede el sistema de justicia descansar en el surgimiento de un actor heroico que cargue con los costos económicos y emocionales del reclamo y del proceso judicial, sino que, por el contrario, se debe habilitar a otros actores a llevar la causa en su nombre que estén mejor dotados o posicionados para asumir aquellos costos, como sucede con las asociaciones civiles. Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, por su parte, la sanción individual a una persona puede no ser suficiente para revertir una situación estructural de afectación de derechos. Por ejemplo, si los propietarios de un determinado barrio –supongamos que son casi en su totalidad blancos–, se negasen a rentar sus departamentos a potenciales inquilinos –que son hipotéticamente en su mayoría afrodescendientes–, el caso individual iniciado por un damnificado contra un propietario, incluso cuando resultase en una condena consistente en el pago de una indemnización, no produce ningún cambio respecto de la afectación generalizada de los derechos del grupo vulnerable o subordinado cuando media una práctica social extendida que busca segregar a un grupo de personas por su raza. Además, es muy probable que el damnificado, que además puede estar en condición de pobreza, no desee ni siquiera iniciar la acción individual por los costos que ella le demandaría. Si el derecho busca revertir a través de sus normas de derecho privado una situación de desigualdad estructural, es preciso que el litigio se sostenga entre una persona jurídica capaz de soportar el peso y los costos del proceso judicial –una asociación civil, por ejemplo– y que el demandado sea tal que trascienda el caso individual. En suma, la violación estructural de derechos requiere, para ser revertida, de remedios estructurales, y el proceso judicial que conduce a estos últimos debe ser capaz de manejar un reclamo estructural por medio de reglas que no pueden ser las mismas de un proceso que enfrenta a dos individuos en una causa civil.

---

<sup>166</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, C., y RODRÍGUEZ, F., *Cortes y cambio social*; De Justicia; Bogotá, (2010).

**V. ALGUNAS PROPUESTAS PARA PROCESOS DE REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL EN AMÉRICA LATINA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

A partir del diagnóstico esbozado en los apartados precedentes, es posible plantear algunas propuestas de reforma legislativa, de política pública y de prácticas en el funcionamiento del Estado y de los tribunales de justicia que podrían paliar o al menos empezar a compensar algunos de los déficits señalados. A continuación, se presentan estas propuestas con forma de cuadro sinóptico.

Problema	Propuesta (normas y políticas públicas)	Responsable / Instrumento
<p><b>Acceso a la justicia</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Política pública de asistencia jurídica gratuita.</li> </ul>	<p>Poder Ejecutivo: política pública de acceso a la justicia.</p> <p>Facultades de Derecho: Planes de estudio que contemplen el trabajo clínico y la asistencia jurídica <i>pro-bono</i>. Pueden estar coordinados con política de acceso a la justicia del Poder Ejecutivo.</p> <p>Colegios de abogados: incorporación de la práctica de asistencia jurídica <i>pro-bono</i> de sus miembros.</p>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reforma de reglas de legitimación activa (para casos colectivos y estructurales).</li> </ul>	<p>Poder Legislativo: Ley de procedimientos.</p>

Problema	Propuesta (normas y políticas públicas)	Responsable / Instrumento
<b>Litigios colectivos, complejos y estructurales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reforma de reglas de legitimación activa.</li> <li>• Reforma de procesos judiciales apropiados para manejar litigios colectivos (como las acciones de clase) y estructurales.</li> <li>• Reformas a las reglas de legitimación pasiva para casos de afectaciones colectivas o estructurales de derechos.</li> <li>• Expansión de menú de remedios disponibles para los jueces para casos de afectaciones colectivas o estructurales de derechos.</li> <li>• Reglas para la ejecución de sentencias en casos colectivos y estructurales.</li> </ul>	<p>Poder Legislativo: Ley de procedimientos.</p> <p>Poder Judicial: reglas de procedimiento y prácticas del tribunal; remedios.</p>
<b>Juicio justo (<i>fair trial o hearing</i>)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Oralidad del proceso civil.</li> </ul>	<p>Poder Legislativo: Ley de procedimientos.</p>
<b>Mediación y MARC</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Delimitar su alcance exclusivamente para los casos que puedan resolverse por medio de estos procedimientos.</li> </ul>	<p>Poder Legislativo: Ley de MARC.</p>

## Conclusión

Como se señaló al comienzo de este trabajo, el derecho civil en la región se encuentra rezagado en cuanto al diseño e instrumentación de reformas que le provean las herramientas necesarias para suministrar la debida protección de fundamentales derechos individuales y colectivos previstos en las normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que rigen a las naciones del continente. El proceso de reforma penal ha sido desde hace ya varias décadas receptivo de los mandatos provenientes de las garantías reco-

nocidas en esos instrumentos legales. Más recientemente, el proceso de constitucionalización del derecho privado ha también guiado e influenciado tanto la producción legislativa como la interpretación judicial para que esa importante sección de nuestros sistemas jurídicos resulte compatible con el respeto de los derechos constitucionales y los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional. En este trabajo se han presentado algunas pautas que podrían guiar tanto el debate como el trabajo de aquellos que desde los gobiernos o la sociedad civil deseen introducir reformas en el derecho procesal civil con el fin de que esos derechos prometidos se vuelvan efectivos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, y PAUTASSI, Laura, "La Revisión Judicial de las Políticas Sociales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- CHAYES, Abram, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89 *Harvard Law Review*, 281.
- COUTURE, Eduardo, "El debido proceso como tutela de los Derechos Humanos", en *La Ley*, 1953-72, 802, Buenos Aires, 1953.
- DE LOS SANTOS, Mabel, "Las garantías constitucionales del Proceso Civil", en MANILI, Pablo y otros, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional (3 tomos)*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, T. 1, pp. 549 y ss.
- DE LOS SANTOS, Mabel, "Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos", J. A. 2005-IV-1269.
- FISS, Owen, "Contra el acuerdo extra-judicial", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, abril 1998, disponible en [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n3N1Abril1998/031Juridica05.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1Abril1998/031Juridica05.pdf). Publicación original bajo el título "Against Settlement".
- YALE LAW JOURNAL, Volumen 9, N° 6, mayo de 1984.
- FISS, Owen, "La teoría política de las acciones de clase", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, abril de 1996, disponible en [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n1N1Abril1996/011Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1Abril1996/011Juridica02.pdf). Versión original de este artículo: Fiss, Owen M., "The Political Theory of the Class Action" (1996). Faculty Scholarship Series. Paper 1326. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1326](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1326)
- FISS, Owen, "The Awkwardness of the Criminal Law", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 11, N° 1 (Feb., 1989), pp. 1-13. También en



- FISS, Owen, *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*, Dordrecht: Republic of Letters Publishing, 2011. Publicado en castellano por Marcial Pons, Madrid, 2013, bajo el título *Los mandatos de la justicia, Ensayos sobre Derecho y derechos humanos*, trad. de Roberto Saba.
- KIELMANOVICH, Jorge, “La doble instancia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *La Ley*, 2006-C-964.
- MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, “Las Acciones Colectivas”, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- MAURINO, Gustavo, y SIGAL, Martín, “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 22/4/2009.
- MAURINO, Gustavo, “Elementos de un nuevo paradigma de acceso a la justicia”, en *La Corte y los Derechos 2005/2007*, Siglo XXI y ADC editores, Buenos Aires, 2008.
- MORELLO, Augusto M., “El proceso justo (Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos)”, Ed. Lib. Editora Platense, La Plata, 1994.
- MINOW, Martha, “Some Thoughtson Dispute Resolution and Civil Procedure”, 34 *Journal of Legal Education*, 284, 1984.
- OTEIZA, Eduardo, “El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, disponible en <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip4arg.pdf>
- OTEIZA, Eduardo, “Civil Procedure Reforms in Latin America: The Role of the Judge and the Parties in Seeking a Fair Solution”, en [https://www.academia.edu/8010693/Civil\\_procedure\\_reforms\\_in\\_Latin\\_America\\_The\\_role\\_of\\_the\\_judge\\_and\\_the\\_parties\\_in\\_seeking\\_a\\_fair\\_solution](https://www.academia.edu/8010693/Civil_procedure_reforms_in_Latin_America_The_role_of_the_judge_and_the_parties_in_seeking_a_fair_solution)
- OTEIZA, Eduardo, “¿Debemos reformar la justicia civil? Los procesos colectivos como una pieza clave de una reforma imprescindible”, disponible en [https://www.academia.edu/11575688/\\_Debemos\\_reformar\\_la\\_justicia\\_civil\\_Los\\_procesos\\_colectivos\\_como\\_una\\_pieza\\_clave\\_de\\_una\\_reforma\\_imprescindible](https://www.academia.edu/11575688/_Debemos_reformar_la_justicia_civil_Los_procesos_colectivos_como_una_pieza_clave_de_una_reforma_imprescindible)
- PASTOR, Daniel R., “El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.
- PEYRANO, Jorge W., “El proceso civil. Principios y Fundamentos”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro, “El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach. Precisiones

- sobre eficiencia y derechos procesales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, Valparaíso, Chile, 2014, 1<sup>er</sup> Semestre, pp. 523-551.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, “La acción de amparo colectivo”, en MANILI, Pablo y otros, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Ed. La Ley, 2010, T. I, pp. 781 y sgtes.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, y RODRÍGUEZ, Franco, “Cortes y cambio social”; De Justicia; Bogotá, 2010.
- ROZAKIS, Christos, “The right to a fair trial in civil cases”, en *Judicial Studies Institute Journal*, 2004, pp. 98-103.
- SABA, Roberto, “Supremacía constitucional y derecho privado”, en María Isabel Benavente y Félix Alberto Trigo Represas (eds.), *Tratado de Daños Personales*, Editorial La Ley, 2014.
- SABA, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.
- SABA, Roberto, “Laicidad y símbolos religiosos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013.
- SAFI, Leandro K.; VERBIC, Francisco, y GIANNINI, Leandro J., “Procesos colectivos y acciones de clase (a propósito del fallo de la CSJN en el caso ‘Halabi’)”, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, N° 3, disponible en [https://www.academia.edu/3715611/Procesos\\_colectivos\\_y\\_acciones\\_de\\_clase\\_a\\_prop%C3%B3sito\\_del\\_fallo\\_de\\_la\\_CSJN\\_en\\_el\\_caso\\_Halabi](https://www.academia.edu/3715611/Procesos_colectivos_y_acciones_de_clase_a_prop%C3%B3sito_del_fallo_de_la_CSJN_en_el_caso_Halabi)
- SOLÁ, Ernesto, y LOUTAYF RANEA, Roberto G., “Principio de igualdad procesal”, *Revista La Ley*, 2011-C, Buenos Aires, 2011.
- THEA, Federico, Comentario al art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Alonso Regueira, Enrique (Coord.) *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Ed. La Ley, 2012, pp. 127-166.
- VERBIC, Francisco, “Procesos colectivos: Necesidad de su regulación”, *Revista La Ley*, 2010-A, p. 769, Buenos Aires, 2010.
- VERBIC, Francisco, “Innovaciones reglamentarias de la Corte Suprema de Justicia para la gestión de procesos colectivos ante su falta de regulación legal en la República Argentina”, trabajo inédito disponible en [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/04/2015-11-innovaciones-reglamentarias-de-la-corte-suprema-para-la-gestic3b3n-de-procesos-colectivos-ceja\\_seminario-vic3b1a.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/04/2015-11-innovaciones-reglamentarias-de-la-corte-suprema-para-la-gestic3b3n-de-procesos-colectivos-ceja_seminario-vic3b1a.pdf)

# **ESTUDIOS**



# LA JUSTICIA DE PAZ EN AMÉRICA LATINA: BASE DE UNA JUSTICIA DEMOCRÁTICA Y REPUBLICANA

SILVINA RAMÍREZ

## INTRODUCCIÓN: ¿QUÉ ES LA JUSTICIA DE PAZ?

Para realizar una aproximación conceptual fructífera a los jueces de paz, es necesario adelantar que en América Latina estos asumen diferentes características. El hecho de que puedan ser letrados (abogados, funcionarios judiciales) o no letrados (un miembro de la comunidad), los convierten –desde el vamos– en una figura “anómala” en el sistema judicial, y les aporta características definitorias que los enriquecen. Si bien se profundizará más adelante sobre ambas alternativas, los autores que han investigado esta figura les prestan mayor atención a los jueces de paz no letrados, porque su presencia dentro del sistema de justicia genera otros escenarios y potencia los fines para los que la justicia de paz fue creada.

Rodrigo Uprimny, reconocido constitucionalista colombiano, refiriéndose a los jueces de paz legos, los define de la siguiente manera:

... el juez de paz es una especie de institución bisagra entre las formas no estatales de resolución de los conflictos y el derecho estatal. De un lado, es un juez, es decir, es una autoridad reconocida por el Estado, y como tal tiene algunos poderes coactivos, aunque éstos sean mínimos. Pero, de otro lado, este juez no decide aplicando la ley sino en equidad, por lo cual incorpora muchos elementos del derecho no oficial y de los usos y costumbres locales. Se acerca entonces a las autoridades tradicionales o a la figura de los árbitros habilitados por las partes para decidir en equidad. Además, este juez, en general, busca la conciliación de las partes, puesto que su función pacificadora le genera esa dinámica. En efecto, la esencia de los jueces de paz es que –como su nombre lo indica– son jueces que en vez de aplicar

mecánicamente la ley deben contribuir a la paz social buscando ante todo resolver el conflicto. Por eso son jueces esencialmente conciliadores; en vez de pretender enfrentar a las personas para ellos decidir por encima de ellas, adjudicando la victoria a una persona en contra de la otra, el juez de paz buscará una solución concertada. Sin embargo, a veces, los acuerdos son imposibles y el juez se ve obligado a sentenciar; esa capacidad de decisión lo diferencia del simple conciliador puesto que este último no puede fallar el conflicto. Pero en tales casos, en general, se les autoriza a que decidan en “equidad”, es decir, conforme a los criterios de justicia propios a la comunidad y no a un razonamiento legal. Esa sentencia en equidad lo distingue del juez ordinario. Es como si frente a estos jueces el ordenamiento quisiera recuperar el sentido etimológico de la palabra sentencia, la cual en latín, tiene la misma raíz que la palabra sentimiento. La decisión del juez de paz no debe ser entonces una argumentación fría y puramente lógica sino una solución justa que exprese el sentimiento de equidad comunitario. Esa sentencia en equidad lo distingue entonces del juez ordinario. Y, en todo ese proceso, el juez de paz actuará oralmente, de manera ágil, sin formalismos innecesarios o lenguajes especializados. Eso lo distancia de los burócratas ordinarios (Uprimny, 2000, 19).

La justicia de paz en América Latina se ha gestado por la necesidad de dar respuestas al ciudadano de manera rápida y sencilla; por el requerimiento de los sistemas de justicia de aligerar su carga de trabajo en causas que no ameritan un tratamiento complejo y prolongado, utilizando racionalmente sus instrumentos; y finalmente –lo que no agota las razones de su existencia– por la demanda de acercamiento de la justicia con aquel a quien está sirviendo.

A lo largo de las últimas tres décadas, esta justicia de paz ha ido adaptando sus formas, modelos organizacionales, regulación, a los nuevos movimientos de reformas a la administración de justicia. En este sentido, se propone llevar adelante un estudio que pueda analizar las diferentes vertientes de esta institución, para finalmente identificar las mejores prácticas que puedan ser eventualmente replicadas.

La justicia de paz se confunde –comparte rasgos caracterizadores, y en ocasiones son lo mismo– con la justicia de pequeñas causas, la justicia vecinal, la justicia popular, la justicia municipal. ¿Es solo una cuestión semántica, utilizamos distintas denominaciones, pero son lo mismo en la medida en que comparten el mismo objetivo y similares

características? ¿Son diferentes, y debe enfatizarse los matices, para no confundir la justicia de paz –una justicia con historia y raigambre– con otras formas que han ido surgiendo con posterioridad? ¿La conciliación y mediación son herramientas utilizadas por todos los mecanismos de gestión de la conflictividad, o la justicia de paz debe ser la más calificada para utilizarlos? Interrogantes que serán despejados, en la medida de lo posible, en el desarrollo de este trabajo.

El presente estudio sobre la justicia de paz en América Latina tiene como objetivos específicos:

- a. Analizar el estado de situación general de la justicia de paz en América Latina en base a un diagnóstico inicial.
- b. Identificar cuál es el modelo predominante de justicia de paz y los modelos secundarios en América Latina.
- c. Vincular la justicia de paz con la justicia de pequeñas causas en la reforma procesal civil.
- d. Vincular la justicia de paz con el acceso a la justicia, como una de las formas de garantizar una respuesta rápida y adecuada desde la administración de justicia ordinaria.
- e. Realizar un análisis de la estructura organizacional de los juzgados de paz existentes, así como de las políticas públicas que influyen en su funcionamiento.
- f. Realizar un estudio en profundidad de, al menos tres países paradigmáticos en cuanto a su desarrollo: Argentina (Río Negro, uno de sus Estados provinciales), Colombia y Perú.
- g. Elaborar una propuesta de modelo de justicia de paz como política pública conectado a los procesos de reforma a la justicia civil.

Estos objetivos son ambiciosos, pero reflejan el horizonte de este estudio. No se pretende solo llevar adelante una descripción de la justicia de paz existente en América Latina (tarea imposible si se tiene presente que cada país –y cada provincia en los Estados federales– presenta rasgos diferenciadores) e identificar cuál es la normativa vigente, sino reflexionar sobre la relevancia de los jueces de paz en la región, sus potencialidades, y de qué modo contribuye su fortalecimiento a la profundización de la democracia y la república.

Debido al tiempo de la consultoría, no fue posible realizar un análisis en profundidad. No obstante, se realizaron visitas en terreno y se llevaron adelante entrevistas a actores claves en los tres países seleccionados, las que junto a las fuentes secundarias permitieron describir el estado de situación de la justicia de paz en la actualidad en los países seleccionados.

Es importante destacar que dado los objetivos del estudio, serán analizados diferentes aspectos de la justicia de paz, pero se prescindirá de profundizar sobre el perfil de los usuarios de esta jurisdicción y de identificar los temas por los que más frecuentemente acuden a requerir sus servicios, para **focalizarnos en su estructura organizacional y en las características sobresalientes del modelo de justicia de paz que hoy impera.**

Para ello, se partirá inicialmente con una definición de lo que se entiende por justicia de paz, se revisarán –en primer lugar– algunos de sus antecedentes históricos (1), para ahondar sobre los debates que suscita (2) y los fundamentos de la institución (3). A partir de la descripción y funcionamiento de la justicia de paz en los países seleccionados en el estudio (4), se distinguirá la justicia de paz de otros dispositivos de justicia (5). Se dedicará un capítulo para vincular la justicia de paz con el cambio de la justicia civil (6). Finalmente, se acerca al lector una propuesta de modelo de justicia de paz (7) y se sugiere el desarrollo de políticas públicas que puedan implementarla en la región (8).

## I. ANTECEDENTES. ESTADO DEL ARTE EN AMÉRICA LATINA

### **Evolución histórica**

La justicia de paz tiene sus antecedentes históricos en la Constitución de Cádiz de 1812, se instala en América Latina en el siglo XIX, con diferencias sustantivas en cada uno de los países.

Con las Cortes de Cádiz y su labor constituyente surgió así el constitucionalismo liberal y todo lo que está asociado a él: la negación del absolutismo y el advenimiento de la idea de la soberanía nacional; el establecimiento de un régimen representativo, la separación de poderes y las elecciones como método de formación del gobierno; el individualismo y la ciudadanía como formas de concebir al hombre en su relación con la sociedad, y el declive del corporativismo como fundamento de la organización social; en fin, apareció y se difundió la libertad de opinión y de prensa y se gestó el fenómeno moderno de la opinión pública (Landavazo, y Sánchez Andrés, 2014, 77).

Es Perú el país en donde adquiere un mayor desarrollo, vinculada inicialmente a la justicia municipal. En la Constitución de 1823, se incorpora como una autoridad que depende del Poder Judicial.



En Perú, la Constitución de Cádiz fue uno de los principales referentes de la primera Constitución republicana, promulgada en noviembre de 1823. La propia Asamblea Constituyente que alumbró este texto –presidida por Francisco Javier de Luna, quien había asistido personalmente a las deliberaciones de las Cortes de Cádiz entre 1810 y 1812– declaró que “su inspiración era la teoría del contrato social de Rousseau y la propia Constitución de 1812”. En este sentido, la Constitución de 1823 no solo recogió el principio de soberanía nacional contenido en el texto gaditano, sino que estableció –como aquél– que esta pertenecía “esencialmente” a la Nación. El influjo de Cádiz es patente igualmente en la declaración de la religión católica como credo oficial del nuevo Estado, con exclusión de cualquier otro culto; en el diseño de un sistema electoral indirecto basado en las parroquias como circunscripciones electorales; en el establecimiento de mecanismos de control sobre el Poder Ejecutivo y en el hecho de que aunque –a diferencia de Cádiz– no se creaba un Consejo de Estado, sí se otorgaban al Senado funciones similares a las de este órgano (p. 86).

La justicia de paz históricamente ha suscitado controversias. Dado que desde sus orígenes fue una justicia lega, se la menospreció por ser una justicia de “segunda categoría”. Sin embargo, con el correr del tiempo y la profundización de los debates, su relevancia en términos de participación ciudadana fue despojándola de su cuestionamiento inicial. Martínez Lavid<sup>167</sup> distingue adecuadamente en Perú dos períodos, en la segunda mitad del siglo XIX y hasta la primera mitad del siglo XX, los jueces de paz pertenecían a las clases dominantes (notables en la ciudad, terratenientes en el campo). A partir de la segunda mitad del siglo XX, se convierte en una justicia popular, con cercanía a la población.

Por otra parte, en Venezuela, si bien son receptados en 1819, cuando se estructura el Poder Judicial centralizado, la justicia local o justicia de paz desaparece, para ser incorporada nuevamente en la década de los 90. Fundamentalmente los motivos fueron recuperar la credibilidad y confianza de los ciudadanos, confianza que descansa en los mecanismos de conciliación, arbitraje y mediación. Sin lugar a dudas

---

<sup>167</sup> MARTÍNEZ LAVID, I. C., *Jueces de Paz: gestores de convivencia y justicia comunitaria*. IPC, Instituto Personal de la Capacitación, Medellín, Colombia. Serie cartillas IPC, (2003).

estos mecanismos, que operan bajo el paraguas de una justicia de equidad, son la fuente de la fortaleza de la jurisdicción de paz.

La Constitución de Cádiz no influyó del mismo modo en América Latina. Muchas de sus constituciones históricas son hereditarias de los procesos estadounidenses. Perú y Venezuela, México, el constitucionalismo centroamericano y el constitucionalismo andino fueron tributarios del modelo gaditano.

Es interesante analizar las primeras discusiones alrededor de la Constitución gaditana, y cómo se fueron perfilando las competencias judiciales de los alcaldes. Así:

Las Cortes de Cádiz nombraron una Comisión en su seno para que redactasen un proyecto de ley sobre la nueva organización de las audiencias y de los juzgados de primera instancia, que fue presentado a las Cortes el 15 de mayo de 1812. Con referencia a las competencias judiciales de los alcaldes, además de reconocer su papel de juez de conciliaciones previsto en la Constitución, les recomendaban conocer de los juicios verbales de menor cuantía de carácter civil así como los de injurias y faltas leves en materia criminal; a ello sumaba la práctica de diligencias judiciales no contenciosas, las contenciosas con carácter urgente, o porque dependen de términos fatales o porque las circunstancias no permitan acudir al juez del partido y se evitaría un riesgo inminente, pues, afirmaba la Comisión “ningún perjuicio resulta de esta disposición, puesto que hecho contencioso el negocio en el primer caso y evacuada la diligencia urgente en el segundo, ha de pasar todo al juez de letras: y privar de esta facultad a los alcaldes sería muy incómodo y gravoso a los vecinos de los pueblos”. También recomendaba la Comisión que los alcaldes comenzasen las primeras diligencias de los sumarios criminales cuando se cometiese algún delito o se hallase algún delincuente en el pueblo, así como que fueran ellos los que realizasen las diligencias ordenadas por el juez del partido en los pueblos, pues “los alcaldes son unos verdaderos jueces, y como tales las personas más autorizadas para estos casos”. Las recomendaciones de la Comisión fueron concretadas en el Decreto de 9 de octubre de 1812, que contenía el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia. Reconocía al alcalde su faceta de conciliador, en la forma expresada en el artículo 283 de la Constitución, reafirmando la obligatoriedad de la conciliación en las demandas civiles y criminales sobre injurias, no aceptándose demandas sin

el certificado de haberse intentado la misma (artículo 6° del capítulo 4° del Reglamento)<sup>168</sup>.

Es así que estas discusiones fueron los antecedentes de la inclusión de los jueces de paz en las constituciones latinoamericanas, destacando las facultades de conciliación de los alcaldes. Se sentaría, de esa forma, las bases para la discusión de la conformación de una justicia de paz que tuvo –desde sus inicios– la pretensión de acercar a las partes, facilitándoles la resolución de un conflicto, asegurando una respuesta rápida y sencilla; y que marcó la importancia –desde sus orígenes– de la vinculación entre la justicia de paz y el poder local.

### **Diversas formas que asume esta institución en los países latinoamericanos**

Las características de la justicia de paz son disímiles, dependiendo de cómo es concebida, de qué manera surge, cuáles son los rasgos que principalmente la definen. Así, puede ser una justicia letrada, puede basarse principalmente en ciudadanos que no necesariamente son abogados (justicia legía), puede entender solo en pequeñas causas o puede extender su competencia.

Sin embargo, es claro que la justicia de paz tiene como horizonte facilitar el acceso a la justicia, y como una consecuencia adicional contribuye a la descongestión del sistema de administración de justicia. Con estos criterios, conocer cuál es el modelo organizacional de la justicia de paz habla mucho de cuáles son sus lineamientos sustantivos. En otras palabras, cómo es concebida.

Dice Guerra Cerrón<sup>169</sup>:

El ámbito de la *Justicia de pequeñas causas*, aunque adelanto mi discrepancia con la denominación, puede ser descrita desde muchas perspectivas y de acuerdo a los objetivos que cada uno pueda plantearse: a partir del concepto de la Justicia en general; del Acceso a la Justicia; la relación de la Justicia de pequeñas causas con la Justicia de Paz: Justicia de Paz y Justicia de Paz Letrada,

<sup>168</sup> DÍAZ GONZÁLEZ, F. J., *La administración municipal de justicia en la España del siglo XIX*, Universidad de Alcalá, España. Calderón Ortega, José Manuel, Universidad de Alcalá, España. Rev. Estud. Hist. Juríd. N° 35 Valparaíso (nov. 2013).

<sup>169</sup> GUERRA CERRÓN, M. E., *Justicia de Pequeñas Causas* en [www.cejamericas.org/documentos](http://www.cejamericas.org/documentos)

la especialización en la Justicia, el cambio de la cultura del formalismo que ha llevado a que el proceso civil, lejos de ser el medio por excelencia para resolver los conflictos, sea uno de los principales obstáculos para garantizar la Justicia; los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos: la conciliación y el arbitraje popular y, hasta la desjudicialización. A pesar de las diferentes lecturas de *la Justicia*, lo importante es que esta responda a la necesidad real del usuario del servicio y que se trate de una Justicia efectiva y pronta.

Esta reflexión es traída a colación porque existen muchos solapamientos, confusiones, debates, alrededor de esta institución. Según cuál sea el contexto, es la forma que esta adquiere. En definitiva, las características del país o la región en donde se instale la justicia de paz determinan las características que debería poseer. Así, por ejemplo, en países con importante presencia indígena, los cruces entre la justicia de las propias comunidades y esta justicia, cuya pretensión es alcanzar cercanía con el ciudadano, es claramente inevitable.

También tiene mucho que ver el alcance que se le atribuye, y en qué medida se diferenciarán **la justicia comunitaria, la justicia de paz, la justicia de pequeñas causas**<sup>170</sup>; o si estamos llamando justicia de paz a algo que otros entienden es justicia de pequeñas causas. En definitiva, el contexto, la historia de ese contexto, la conceptualización, tiene mucho que ver luego con el modo en que se instrumentará la justicia de paz.

A lo largo de este estudio, el problema conceptual estará presente para que a partir de él y su análisis puedan seleccionarse las líneas que marcarán el funcionamiento, estructura e interrelación de la justicia de paz con otros dispositivos de administración de justicia. De esa manera, la caracterización de la justicia de paz es también tributaria de cuál se considera debe ser su funcionamiento en un Estado de derecho.

Se discute cuál debe ser, en definitiva, el perfil de la justicia de paz. Se afirma que esta ha sido sometida a procesos de distorsión que deben ser revertidos. Así, Binder afirma:

---

<sup>170</sup> Más adelante se intentará despejar cualquier confusión posible, clarificando los alcances de diferentes tipos de gestión de la conflictividad, pero también advirtiendo al lector que los solapamientos en la práctica son inevitables, de allí las dificultades de dar definiciones precisas de cada uno de los sistemas de administración de justicia involucradas, y de destacar cuáles son las diferencias.

... los jueces de paz no son jueces inferiores. Al contrario son los que están más cerca del conflicto y el ciudadano. Ellos no son jueces de menor cuantía, sino jueces con facultades para componer el conflicto. Ellos no son agentes de ejecución de otros jueces y mucho menos aún de fiscales o autoridades administrativas. No son oficiales de justicia ni embargadores. Tampoco notificadores. El juez de paz ejerce un tipo de jurisdicción muy rico ypreciado para el desarrollo del sistema judicial y debe ser protegido y fortalecido si se quiere fundar una administración de justicia republicana<sup>171</sup>.

También hay que clarificar la relación de la justicia de paz con el sistema judicial. Y despejar cualquier duda acerca del tipo de justicia que administra. En otras palabras, si es una justicia de poca calidad, o relegada solo a causas sin importancia. Los mecanismos que utiliza, la conciliación y la equidad, deben tender a respuestas prontas que asimismo condicionan su estructura.

No queda claro si la justicia de paz debilita o fortalece el sistema judicial. Si ella genera más confianza en el ciudadano (contribuyendo también a descongestionar los despachos) o si, por el contrario, provoca una falsa idea de que este sistema quiere desentenderse de los casos que se le presentan.

De lo dicho se desprende que la forma estará determinada por sus competencias, las dependencias que se establezcan, su caracterización como justicia letrada o lega, etc. La justicia de paz –tal como la ha demostrado– tiene una fortaleza en sí misma, porque puede construirse como un puente entre el sistema judicial y sus instancias superiores y el ciudadano. La posibilidad de que se encuentre en cabeza de un ciudadano no necesariamente abogado se vuelve una ventaja notable, porque genera confianza y aumenta la credibilidad, de la que carecen otras instancias judiciales.

Por otra parte, la justicia de paz es también un cruce entre diferentes formas de gestionar la conflictividad. Dependiendo de los países, como ya ha sido señalado, se debe distinguir –pero también debe coordinar– con la justicia indígena. En otros países en donde la presencia indígena es menor, la justicia de paz también coordina con otras formas de resolución de conflictos en la dimensión rural. Y en

---

<sup>171</sup> BINDER, A., *De las Repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires (2000), cap. 11.

una tercera vía, también debe articular con otros dispositivos como la policía y otros actores sociales.

En definitiva, las formas son variadas y están estrechamente vinculadas al contexto, su evolución histórica, los destinatarios y la ubicación que tienen dentro de la estructura estatal. Si bien es posible llevar adelante un análisis comparativo, lo cierto es que es imprescindible llevar adelante **un estudio situado**, que pueda visibilizarla y potenciarla como una instancia clave para abrir las puertas judiciales a los ciudadanos.

## II. DEBATES SOBRE LA JUSTICIA DE PAZ

### **Análisis de sus características predominantes**

**Construir un marco teórico alrededor de la justicia de paz requiere tener presente tanto sus orígenes como los elementos que surgen del contexto**, para definir con claridad sus fines, los que en la actualidad están inequívocamente vinculados al acceso a la justicia.

Dada la génesis de la justicia de paz, su desarrollo ha sido muy heterogéneo. En algunos casos, la justicia de paz fue desapareciendo de forma paulatina (ver caso de Venezuela), para resurgir en las últimas décadas fruto de la gran demanda ciudadana de encontrar respuestas a sus conflictos. En otros casos, frente al abandono (por lo general, la justicia de paz es “el patito feo” de los sistemas judiciales) de las instancias judiciales superiores, ha sido reapropiada por otras formas de gestión de la conflictividad, gestando una suerte de justicia comunal que recupera la justicia de equidad.

La justicia de paz es una puerta privilegiada de acceso a la justicia. Dado que uno de los problemas centrales de debate alrededor de las reformas judiciales es precisamente cómo garantizarla, es necesario que la justicia de la paz sea abordada en los procesos de reforma de la justicia civil<sup>172</sup>.

Por otra parte, la justicia de paz no puede repetir los vicios de aquellos sistemas de administración de justicia afectados fuertemente en su credibilidad, por ello es necesario enfatizar sus rasgos desforma-

---

<sup>172</sup> En el capítulo 6 se hará un desarrollo de los vínculos de la justicia de paz con las reformas a la justicia civil.

lizados y descentralizados, más cercanos a la gente, poniendo de relieve lo que la diferencia de otros dispositivos de administración de justicia.

Algunos de los debates más actuales e interesantes tienen que ver con la vinculación de la justicia de paz con el poder local. Reforzar el rol de los municipios es una tarea que siempre está pendiente, frente a poderes que tienden a ser cada vez menos republicanos, democráticos y federales (en los países en donde su organización es federal).

Dice Binder:

El proceso de reforma judicial ha desarrollado pocos vínculos entre la política municipal y el sistema judicial. La idea de una construcción del sistema judicial desde las realidades municipales es todavía ajena o marginal dentro del conjunto de ideas propias de la reforma judicial. Ello requiere sin duda un debate más profundo, ya que no solo se encuentran en juego principios republicanos sino que la experiencia de aquellos países que han desarrollado una mayor fortaleza en sus sistemas judiciales es porque han tenido la capacidad de integrar de un modo más efectivo a las realidades locales en la construcción de su sistema judicial<sup>173</sup>.

Si se parte de principios de desformalización y descentralización, la justicia de paz debe estar fuertemente ligada a los municipios, quienes pueden llevar delante de mejor manera tareas de control de esos mismos servicios de justicia.

Otro de los debates que se suscitan es el contexto en donde se inserta, si es en los centros urbanos o en zonas más despobladas (rurales), señalando las diferencias en uno u otro caso, tanto en su estructura organizacional como en la formación de quienes deben llevar adelante su gestión. No es lo mismo pensar una justicia de paz que debe atender numerosas personas, numerosos conflictos (algunos violentos) que por lo general van en aumento; y una justicia que debe atender casos en sectores rurales, en donde se van gestando otro tipo de demandas.

Si la justicia de paz se caracteriza como la más cercana al ciudadano, abocada a conflictos que determinan en mayor medida la vida coti-

---

<sup>173</sup> BINDER, A. M., *De las Repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, op. cit.

diana de la gente, y que se presentan como el primer escalón para acceder a una respuesta del Estado, se vuelve necesario repensar su estructura y organización.

Los debates más relevantes entonces tienen que ver con:

- Los casos en los que entiende (competencia).
- Los requerimientos para ser juez de paz (formación).
- Las principales funciones que debe desempeñar (descongestionamiento de los tribunales, acceso a la justicia).
- Las diferencias que existen con otras formas de gestionar la conflictividad (por ejemplo, con la justicia indígena).
- Su estructura y organización diferenciadas (jueces de paz urbanos, jueces de paz rurales).
- La forma en que es concebida (su jerarquización dentro de un Estado de derecho).

Si bien todos estos debates son relevantes, el último que se menciona es probablemente el telón de fondo de todo este estudio. Si no se parte de la premisa de que la justicia de paz es un ladrillo fundacional en la construcción de una justicia más democrática, se corre el riesgo de distorsionar el modelo de justicia de paz que se propone.

Se parte de esta premisa para señalar que esta, para que cumpla con sus objetivos, debe construir un modelo que con las características ya señaladas, y como una puerta privilegiada de acceso a la justicia, gestione la conflictividad, garantizando los derechos vigentes y aportando racionalidad, sensatez y legitimidad a la respuesta que se brinda.

Finalmente, la justicia de paz puede potenciarse para que cumpla un abanico de fines, todos insertos y contribuyendo a la profundización de las instituciones democráticas. De su caracterización dependerá la construcción del mejor modelo para servir a los fines para los que históricamente fue creada.

De la literatura analizada<sup>174</sup>, surgen diferentes tipologías de la justicia de paz. Se caracterizan por:

- Combinar, dentro del modelo, la justicia de paz lega con la justicia de paz letrada o profesional. Este sistema mixto presenta, por

---

<sup>174</sup> Complementada con los “casos país” seleccionados, que serán presentados en los siguientes capítulos.



otra parte, una clara tendencia por privilegiar la justicia de paz letrada, distanciándose de la caracterización que le dio origen.

- La justicia de paz letrada, tendencialmente, copia la organización del modelo de justicia de primera instancia. En ese sentido, replica los cargos, las funciones, y un diseño que es predominantemente formalista y centralizado.
- Los modelos organizacionales son muy diferentes según sea el contexto en el que se asientan y en donde desarrollan su tarea. Es así que son notables las diferencias organizacionales y los diferentes modelos que asumen en la ciudad o en el campo. Lo urbano y lo rural determinan el modelo de la justicia de paz.
- Las características de los juzgados están condicionadas por el contexto –rural o urbano–, por la formación del titular del juzgado –lego o profesional– y por el tipo de casos que resuelven. La justicia de paz rural se organiza alrededor de su titular, la urbana adquiere otras dimensiones, dependiendo también del volumen del trabajo.
- El servicio de justicia que se presta no se encuentra necesariamente atado a la profesionalidad del juez de paz. En ese sentido, la disputa justicia de calidad vs. justicia amateur o de segunda categoría, según sea un abogado o un vecino el titular del juzgado, debe ser superada porque no se constata en la realidad.

### **Sistema mixto**

Si bien en las primeras legislaciones, no existió ningún requisito de formación profesional para el juez de paz, por el contrario se privilegió la inserción en la comunidad y su legitimidad (ya sea por ser un vecino reconocido, el maestro del lugar, el médico); en la actualidad, existe una tendencia importante por convertirla en una justicia letrada. El argumento central es que las competencias han variado, van en aumento no solo cuantitativamente sino también en cuanto a la complejidad de los casos, y la calidad de abogado se vuelve necesaria para hacer frente a un trabajo que requiere de cierta experticia.

Sin embargo, los matices se imponen, porque dependiendo de las jurisdicciones –y especialmente en el ámbito rural– los conflictos que se presentan no demandan ni ameritan la presencia de un abogado. Es más, la autoridad que ejerce en función de su legitimidad son las credenciales necesarias para garantizar una efectiva resolución de los casos.

Es así que parece acertado mantener este sistema mixto, solo exigir el título de abogado en zonas urbanas, ciudades con densidad poblacio-

nal cuyos conflictos demandan de algunos tecnicismos, dejando sin embargo la presencia de una justicia de paz lega, asentada en otras características y privilegiando otro tipo de valores, en lugares donde efectivamente puede resolverse “en equidad”<sup>175</sup>.

Es importante no descaracterizar la justicia de paz. Que en algunos casos deba convertirse en una justicia profesional no amerita que pierda algunos aspectos centrales que le dieron origen. La desformalización, hasta donde sea posible, debe conservarse.

### ***Organización refleja***

Si bien es comprensible que los juzgados de paz que entienden en más casos –extendiendo su competencia a conflictos que son más graves socialmente– utilicen una organización interna parecida a sus pares (los juzgados de primera instancia), no hay que perder de vista el riesgo que conlleva convertirse en “un remedo” de aquellos otros juzgados, quedándose a mitad de camino y perdiendo rasgos relevantes que les otorgan identidad como jueces de paz.

Ciertamente, es difícil construir un modelo organizacional completamente original, sobre todo cuando los juzgados de paz van creciendo en tamaño y van asumiendo funciones que originalmente estaban a cargo de los juzgados de primera instancia.

Existe también otro factor que es necesario incluir y analizar. Los jueces de paz –especialmente los jueces profesionales– “sufren” la falta de reconocimiento de sus pares, se sienten disminuidos en importancia, muchas veces ni siquiera son incluidos en el escalafón judicial, y son considerados jueces de menor jerarquía.

Contar en el juzgado con los mismos cargos, separación de funciones con otros miembros del juzgado, y similar organización interna, pareciera que los equiparara al resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Este es un factor que también hay que tener en cuenta cuando se analiza la organización refleja de los juzgados de paz profesionales.

---

<sup>175</sup> También es posible pensar una justicia descentralizada lega en los barrios de grandes urbes. En ese sentido, en Medellín por ejemplo, la titularidad de la justicia de paz en la cabeza de un referente barrial dota de legitimidad a la institución y permite dar respuestas a los conflictos que se presentan.

De todos modos, y si bien puede ser razonable para los juzgados urbanos, no es aconsejable que su estructura se parezca cada vez más a la ya existente. Las posibilidades de replicar, asimismo, los vicios de una justicia que se vuelve burocrática, carente de respuesta rápida y laberíntica para el usuario son muy altas, y atentan enormemente contra la sobrevivencia de la justicia de paz, y sus características definitorias que la hacen tan valiosa.

### ***Justicia de paz urbana y justicia de paz rural***

El contexto determina y condiciona la organización interna de los juzgados de paz. La estructura simple que puede pervivir en parajes rurales es muy diferente de los juzgados urbanos, que deben adaptarse a otras circunstancias, demandas y desafíos.

Por ello, es inevitable que su estructura sea diferenciada. De todos modos, también estas diferencias y matices involucran recursos económicos. Un juzgado más grande en dimensión requerirá un presupuesto mayor. Es aquí donde se debe ser cuidadoso. La tentación de dejar abandonada a su suerte a los juzgados de paz rurales, que demandan menos recursos –lo que no significa que puedan realizar eficazmente su tarea sin apoyo económico– exige llevar adelante un rediseño institucional.

Una advertencia a tener presente es que la diferenciación de diseño organizacional no debe significar una diferencia jerárquica entre jueces de paz. En el trabajo de campo realizado se constató que así como los jueces de paz son el escalón más bajo de un Poder Judicial profundamente verticalista y jerárquico, la diversidad de contextos –y los matices que deben implementarse entre juzgados de paz urbanos y rurales– puede llevar a considerar un tipo de justicia de paz más importante que el otro, lo que no contribuiría al trabajo en equipo y al sentido de pertenencia.

### ***Variables que condicionan la estructura de los juzgados de paz***

Existen al menos tres variables que condicionan su estructura: competencias que se les atribuyen, contextos en el que están instalados, y condición del titular del juzgado (si es lego o profesional). A su vez, estas variables también se cruzan, dando origen a modelos de juzgados de paz muy diferentes.

Ya se han mencionado los condicionamientos que genera la prestación de servicios en las ciudades o en el campo. Asimismo, las interpelaciones internas a las que está sometida la justicia de paz letrada, siempre tentada de replicar las estructuras de la justicia ordinaria. Habría que dedicarle un par de palabras a “la competencia” como condicionante. Estas son muy dinámicas, y dependen de las regulaciones normativas, de las decisiones de las instancias superiores del Poder Judicial, y de las necesidades que se van presentando y que muchas veces van de la mano de la descongestión de despachos abrumados de casos.

Históricamente, los jueces de paz pueden entender en conflictos de las materias más diversas. No tienen que quedar ceñidos a competencias civiles o comerciales, aunque siempre existe un monto límite que indica cuándo pueden intervenir. Por otra parte, y según los países, las jurisdicciones, y la normativa existente, casos de violencia familiar son también abordados –en sus primeras fases– por la justicia de paz, lo que va generando un perfil de los jueces de paz con mayores requerimientos técnicos, alejado de aquellos jueces de paz, vecinos de la comunidad, llamados a decidir en conflictos menores, más cotidianos.

Es imposible no hacer las diferencias pertinentes. No es factible pensar en un solo modelo de juzgado de paz, en una sola organización interna, en una única estructura. La justicia de paz es una sola, en ese sentido no existen diferencias jerárquicas entre diversas situaciones. Pero no es posible uniformarlos, porque las realidades imponen modelos que se van configurando con las demandas ciudadanas.

### ***Justicia primaria de cercanía***

La caracterización más adecuada de la justicia de paz es la de ser una justicia primaria. Se valora principalmente su cercanía a las personas, la facilidad de acceso, su simplicidad y eficiencia, y la forma en que resuelve los conflictos que se le presentan.

Estas características no dependen de que el titular del juzgado sea un abogado (por el contrario, se predica en mayor medida de aquellos que no lo son). Por ello, la calidad de justicia que se brinda es independiente de la profesionalidad de quien resuelve. En cuanto a la relación con la estructura organizacional, la justicia profesional condiciona –como ya hemos afirmado– el modelo de juzgado y su dinámica.

En el caso de ser un juzgado lego, en el ámbito rural, es mucho más habitual trabajar en red, relacionándose con servicios públicos básicos de la comunidad –entre ellos, la escuela, el hospital– incluso con casas de justicia, si existen localmente. El trabajo en red es también una característica del trabajo de los juzgados de paz, aunque se destacan como esenciales en aquellos lugares en donde la presencia de la administración de justicia no es tan fuerte como en las ciudades más extensas.

En definitiva, la justicia de paz debe conservar los aspectos con los que nació. Si bien en sociedades siempre cambiantes, y con una creciente demanda, los juzgados de paz, sus titulares y sus dinámicas internas deben adaptarse y reajustar el tipo de servicios y la forma en que lo prestan, debe privilegiarse la idea fundacional: ser una justicia primaria, que resuelve prontamente, sin costos, y con anuencia de las partes.

Lo más relevante: debe construirse un modelo de justicia de paz contextualizado, que principalmente responda a la demanda de los ciudadanos, superando las dicotomías y debates engañosos que intentan menospreciarla, relegándola a un lugar menor en el sistema de administración de justicia.

### III. FUNDAMENTOS / JUSTIFICACIÓN

#### **Análisis de las ventajas de la justicia de paz**

Ha sido mencionado el proceso histórico a través del cual se fue gestando la justicia de paz en América Latina. En ese recorrido, sus ventajas son autoevidentes. En un sistema atravesado por la falta de credibilidad, los obstáculos en el acceso a la justicia, respuestas muchas veces lentas y costosas, y un exceso burocrático que conspira contra una respuesta cierta, la justicia de paz se ha convertido en una posibilidad de intentar revertir esa situación.

Haciendo un listado tentativo de las ventajas de la justicia de paz, y sin pretender ser exhaustivos, la literatura sobre el tema menciona las siguientes ventajas adscriptas a su desarrollo.

- a. *Cercanía con la ciudadanía.* La justicia de paz es primordialmente local, cercana a la gente, muchas veces representada por los mismos vecinos. Disuelve las distancias que se establecen con

una justicia ordinaria “formal”, plagada de burocracias y requisitos para su acceso.

- b. *Desapego de las formas*. La justicia de paz está caracterizada por una mayor desformalización. No exige cumplimentar un conjunto de requisitos para acceder a ella, y precisamente por ello el acceso se hace mucho más flexible.
- c. *Descentralizada*. El dato fáctico de que se encuentre en los lugares en donde la gente demanda resolución de sus conflictos, lo que permite una llegada más sencilla y sin costos, representa sin lugar a dudas una de sus ventajas principales.
- d. *Desprofesionalizada*. Aunque no en todos los casos, los jueces de paz pueden ser legos, y cuentan con la ventaja de resolver en equidad, no ateniéndose a las formas y a la normativa, sino con el criterio de un ciudadano común.
- e. *Procedimientos*. La justicia de paz es una justicia de equidad. En ese sentido, utiliza mecanismos de conciliación que intentan provocar un acuerdo entre las partes, gestando finalmente soluciones sencillas y expeditas.
- f. *Competencias*. Entiende sobre los conflictos menos complejos y más habituales en la cotidianidad. Es así que proveen de un sistema de respuestas desde el Estado que privilegia la mejor respuesta en los casos más recurrentes.
- g. *Formas de selección*. La elección popular de los jueces de paz traduce de la mejor manera posible su carácter democrático y republicano. La participación ciudadana en estos procesos compromete al ciudadano en la gestión de este tipo de justicia, garantizando asimismo su legitimidad.
- h. *Gratuidad*. Si bien existen algunos matices de la justicia de paz, en el sentido de que algunos jueces (generalmente los urbanos) tienen un salario, por lo general los jueces rurales no tienen una retribución económica, y el usuario no debe abonar ningún monto por el servicio que el juez de paz le presta. La posibilidad de que el servicio de administración de justicia sea sin costo para el ciudadano es un rasgo central de la judicatura de paz.
- i. *Descongestionamiento de los despachos*. En sociedades en donde gran parte de la vida de sus ciudadanos se judicializa, los sistemas judiciales no alcanzan a atender todas las demandas, provocando una respuesta deficiente al ciudadano y una imposibilidad de garantizar la protección de todos los derechos vulnerados. La justicia de paz oxigena los sistemas, generando nuevas oportunidades para gestionar la conflictividad adecuadamente.
- j. *Reconocimiento de la pluralidad de formas de gestión asociada a la pluralidad de contextos y culturas*. Lo que puede ser inter-

pretado como una ventaja y también como una desventaja. En algunos países, la justicia de paz (también denominada justicia comunitaria) se solapa con la justicia indígena. Es pertinente aclarar que son dos sistemas de administración de justicia diferentes, por lo cual si bien la justicia de paz puede receptor mecanismos de la justicia indígena, esta última no se diluye en la primera. También debe ser diferenciada de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos.

- k. *Contribución a un mayor acceso a la justicia.* En definitiva, la justicia de paz se presenta como un dispositivo notable de acceso a la justicia. Sus rasgos definitorios la convierten en una respuesta que privilegia las necesidades del ciudadano, y desde ese punto de partida presta un mejor servicio de justicia al ciudadano.

Más adelante serán profundizados estos aspectos positivos de la justicia de paz. Valga como adelanto de por qué debe ser valorada y cuáles son sus potencialidades, para seguir trabajando en el fortalecimiento de su implementación.

### ***Cómo debe caracterizarse***

La caracterización de la justicia de paz está asociada a las ventajas mencionadas. Sus rasgos definitorios, asimismo, se encuentran vinculados a la profundización del derecho al acceso a la justicia. Así, gratuidad, descentralización, desformalización, mecanismos de conciliación, entre otros, la convierten en una justicia de privilegio para el usuario que persigue una respuesta pronta a su conflicto.

La justicia de paz, más allá de los modelos que se elijan para su organización y las particulares características del contexto, debe responder a estas premisas básicas. Por ello, se discute sobre algunas de las distorsiones que serán abordadas en el próximo acápite. Asimismo, se señala como una de sus posibles desventajas la potencial arbitrariedad con la que deciden (la justicia en equidad está abierta a múltiples interpretaciones), arbitrariedad que es la contracara de la concepción primigenia de la judicatura de paz.

La caracterización de la justicia de paz se encuentra estrechamente vinculada a cómo esta es entendida. Como se viene insistiendo desde las hojas iniciales de este estudio, la relevancia de su conceptualización tiene que ver con lo que luego serán sus aspectos fundamentales, y que en un segundo momento influirán –y en algún sentido, serán determinantes– en el diseño de su estructura y su modelo organizacional.

Si bien es posible, y de hecho así se señala en este trabajo, indicar un piso mínimo de características que debe poseer la justicia de paz, también es preciso establecer las diferencias entre países, que tienen que ver con los siguientes elementos:

- Organización política del país (unitario o federal).
- Historia particular del desarrollo de las instituciones en los diferentes países.
- Composición poblacional (si existe fuerte presencia indígena que conserva su derecho propio).
- Tipo de ciudades en donde esta judicatura debe ser implementada (zonas urbanas o rurales).

Estos elementos, conjugados con el piso mínimo que requiere una justicia de paz, construyen un tipo de justicia que se presenta como la base de aquella democrática y republicana. Por otra parte, así caracterizada, también transforma la administración de justicia en determinados casos en una más eficiente y efectiva, con una llegada a la gente que profundiza su legitimidad y credibilidad, y que en definitiva la hace más comprensible.

Un tópico que es recurrente en este trabajo, pero que forma parte del núcleo problemático de la justicia de paz, es la distinción con otras formas de gestionar la conflictividad. Si bien comparten algunas de las características de la justicia de paz, no pueden ser confundidas con esta. Algunos autores (Guerra Cerrón), en general desde la tradición procesalista, sostienen que la justicia de paz debe estar limitada a la competencia civil y comercial.

Dice Guerra Cerrón:

... Con la delimitación conceptual precedente, sin más demora, me permito proponer el cambio de la denominación de Justicia de Pequeñas Causas simplemente por Justicia o proceso de cuantía menor” o “Justicia sumaria” o “Proceso sumario”, cuya competencia corresponda a la Justicia de Paz en sus dos manifestaciones o instancias: Justicia de Paz y Justicia de Paz Letrada, dependiendo de la complejidad de la causa y la cuantía, pero con un proceso único y rápido. Encuentro que Justicia de pequeñas causas puede ser asociada con una “Justicia de asuntos de poca importancia”, donde la pregunta del usuario del servicio será ¿por qué mi causa es menos importante, acaso porque soy pobre? y el efecto puede no ser el esperado. Por otro lado, si pensamos



en una desjudicialización tampoco es un buen argumento que se hable de pequeñas causas, cuando de lo que se trata es de “involucrar e incentivar a la comunidad para tomar parte en un proyecto de vida común con la justicia y hacer que recurran al sistema judicial para resolver sus problemas más difíciles”<sup>176</sup>.

El juez de paz tiene una función jurisdiccional, más allá de sus “atributos conciliadores”. Si bien tienen límites de competencia, tanto en materia civil como en materia penal (límites que varían según sean las jurisdicciones), muchas veces deciden en todos los conflictos que se les someten, excediéndose algunas veces en sus funciones, tema que también es susceptible de debate.

Se trata de hacer “explotar las categorías” con las que nos manejamos hasta el presente. **No es posible colocar los diferentes tipos de justicias en cajitas de cartón, ni estipular claramente sus límites, o determinar qué se incluye en una categoría y qué se deja de lado o se coloca en otra.** Una conclusión que ya puede adelantarse es que se vuelve fundamental repensar todo el sistema de administración de justicia, y generar la articulación necesaria en función de las demandas ciudadanas.

La justicia de paz comparte los rasgos de otros tipos de justicia, también cercanos a la comunidad, ágiles en su resolución, sin costos, y con una alta cuota de legitimidad.

### ***Cómo se ha distorsionado***

La justicia de paz desde su nacimiento en el siglo XIX ha variado sus formas de administrar justicia. No solo porque las legislaciones que las regulan han sido ambivalentes, sino porque –dependiendo del tiempo y espacio de su implementación– su estructura y alcances también se han ido transformando, plasmando objetivos en pugna.

Dice Binder<sup>177</sup>:

... Sin embargo, el restablecimiento de las prácticas judiciales de la colonia, basadas en el régimen formal de las Audiencias, antes que en las atribuciones de los cabildos, atentó contra el desarrollo de la justicia de paz. A partir de allí ella siguió tres rumbos

<sup>176</sup> GUERRA CERRÓN, *op. cit.*

<sup>177</sup> BINDER, A., *De las Repúblicas aéreas al Estado de Derecho, op. cit.*

distintos, hoy presentes en la realidad de los países de la región. Por una parte, la justicia de paz languideció producto del abandono y prácticamente dejó de existir o fue absorbida por otras instancias judiciales. En todo caso, perdió su impronta de justicia de equidad. Otras tendencias se apoyaron en ella o incluso la fortalecieron, pero también distorsionaron su función alejándola de la justicia de equidad para convertirla en un remedo de la justicia formal, agravando muchos de sus vicios por la falta de medios y de formación de los jueces de paz. De este modo, se la desprestigió y finalmente debilitó en su función específica y legitimidad. Una tercera tendencia permitió que el abandono por parte de las autoridades judiciales o la falta de una política de fortalecimiento se convirtiera en una relativa apropiación de la justicia de paz por las comunidades, algunas formas de imbricación con las antiguas formas comunales y de ese modo la justicia de paz conservó su prestigio y buena parte de su eficiencia como justicia de equidad.

Vale la pena indagar en toda la región la paulatina evolución de esta institución para encontrar un camino seguro que permita fortalecerla, partiendo de la premisa –premisas que estructura el presente estudio– que la justicia de paz es un elemento fundamental que coadyuva con otros para alcanzar la paz social.

El primer paso es preguntarse por qué en muchos países la justicia de paz se debilitó producto de una decisión institucional que no invirtió recursos para su desarrollo. Y no se trata de pensar en la escasez de recursos económicos, por ejemplo, sino en lo que se encuentra detrás de este tipo de políticas. La discrecionalidad, la arbitrariedad y los privilegios son parte de las razones que hicieron que la justicia de paz no sea, efectivamente, una justicia de prestigio y respetada en todo el contexto jurídico.

A riesgo de ser redundantes, se debe insistir una y otra vez que los jueces de paz **NO** deben entenderse como:

- Jueces inferiores.
- Jueces de menor cuantía.
- Brazo ejecutor de autoridades administrativas.
- Notificadores o jueces que llevan adelante decisiones de jueces superiores.
- Jueces de segunda categoría.

Por el contrario, y si son definidos como aquellos que representan el primer escalón del sistema de justicia, y en general la primera puerta de acceso a la justicia, debería ser jerarquizada, disponiendo de los medios para que pueda implementarse adecuadamente. Su desprestigio frente a su debilidad, en definitiva, conspira con la credibilidad de todo el sistema de justicia.

Por otra parte, no debe confundirse fortalecimiento con formalización. En ocasiones, la tendencia predominante es contribuir con la justicia de paz dotándola de una serie de rasgos burocráticos que precisamente se tratan de evitar y superar. Es relevante entender que una de las grandes ventajas de la justicia de paz es precisamente su informalidad –que no debe entenderse como poca rigurosidad o discrecionalidad fuerte– que la hace mucho más accesible, ágil y sencilla para la gente. Pretender que esta adquiera los atributos de los sistemas de justicia es pervertir una institución que fue creada para otros fines.

La relación de confianza que existe entre una justicia de cercanía y los ciudadanos no puede gestarse en sistemas que privilegian el trámite a la solución efectiva de los conflictos. Se impone la necesidad de crear una estructura que conserve sus características definitorias, que no la distorsionen en su naturaleza, y que potencie los atributos que la hacen una justicia de excelencia a la hora de dar una respuesta inmediata a las demandas comunales.

#### **IV. ESTUDIO DE CASOS**

La selección de los tres países objetos de este estudio respondió a razones diferentes, tales como las modalidades que adquieren en su instrumentación, y los contextos en donde se insertan. En el caso de Perú, la relevancia histórica de la institución y su desarrollo en todo el país lo convierten en un foco de atención. En el caso colombiano, esta figura descolló hace algo más de una década, pero la situación política del país y los desafíos que plantea en el campo jurídico empalideció la institución, por ello es una experiencia a tener presente, para evitar precisamente su debilitamiento. En el caso de Río Negro, Argentina, su justicia de paz es la más extendida en el país. Siendo que la organización política es federal, esto brinda una complejidad adicional que merece la pena ser incorporada en el presente estudio.

**Si bien se pretendió recolectar información homogénea de los tres casos para luego llevar adelante comparaciones, no fue del todo po-**

**sible porque todos ellos presentan particularidades destacables**, las que fueron analizadas y se describen a continuación.

### **Caso Perú**

- Introducción
- Concepción / aproximación conceptual
- Competencia
- Cómo se llega a acceder al cargo de juez de paz
- Red de contención de la justicia de paz: Estado y sociedad
- Procedimientos
- Articulación
- Límites
- Conclusiones preliminares

### **Introducción**

La justicia de paz en Perú tiene raíces históricas y un gran desarrollo en todo el territorio, así lo demuestran estudios como el de Hans – Jürgen Brandt<sup>178</sup> y el de Manuela Ramos<sup>179</sup>. Este último hace un recorrido por todos los trabajos relevantes existentes en el Perú:

“... En efecto, en 1978 se efectuó el primer Diagnóstico nacional sobre la Justicia de Paz no Letrada, hasta entonces muy poco se sabía sobre esta institución. El estudio fue de tipo cuantitativo con una muestra de doscientos Juzgados de Paz, de tipo estratificado y recogió información de otras autoridades, dirigentes y litigantes, así como información documental. Desde esa fecha hasta la actualidad se han realizado diversos estudios, resaltan: la investigación realizada por Jürgen Brandt a fines de los años ochenta y recientemente los trabajos del Instituto de Defensa Legal y de la Comisión Andina de Justicia.

La historia de esta institución nos da valiosos antecedentes acerca de su importancia y la dinámica de su relación tanto con el Poder Judicial como con los usuarios/as de sus servicios de justicia, y nos permite visualizar su sentido histórico y trayectoria.

---

<sup>178</sup> BRANDT, H.-J., *En nombre de la Paz Comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*, Fundación Friedrich Naumann, Lima (diciembre de 1990).

<sup>179</sup> MOVIMIENTO MANUELA RAMOS, *Diagnóstico Situacional del Servicio de Justicia de Paz Letrada y de Justicia de Paz*, Lima, Perú (abril de 2008).

Son trabajos importantes que han abordado la labor del Juez/a de Paz, el Diagnóstico realizado por el Centro de Estudios de Derecho y Sociedad CEDYS en 1979, dirigido por Luis Pásara. El propósito de este diagnóstico era conocer los elementos componentes de la Justicia de Paz (no letrada, entonces) así como su dinámica al resolver conflictos y establecer contrastes con la justicia administrada en los otros niveles del Poder Judicial. El trabajo de Hans-Jürgen Brandt es un estudio de la problemática de la administración de justicia en el Perú, centrando su enfoque y análisis empírico en el funcionamiento y lógica de la Justicia de Paz (no Letrada), tomándola como modelo alternativo de administración de justicia, más ligado a la base y a la realidad, con el Poder Judicial. Luis Puentes del Barrio realizó a su vez un diagnóstico referido a los juzgados de la Costa norte del Perú y el Instituto de Defensa Legal publicó un diagnóstico mucho más amplio basándose en el análisis de actas de conciliación de jueces”.

En 2004 se crea por decreto la Oficina Nacional de la Justicia de Paz (ONAJUP) que tiene a su cargo todo el diseño institucional y organizacional de la justicia de paz, pero en la práctica empieza a funcionar en el 2009.

Es interesante analizar la estructura y organización de la Oficina Judicial, pensada como un organismo de soporte y apoyo para gestionar el “subsistema de justicia”, en definitiva como el tejido institucional liderado por la ONAJUP.

En los diferentes distritos judiciales del país existen 32 ODAJUP (oficinas distritales de la justicia de paz), que tienen una responsabilidad directa frente a los juzgados de paz, de visitarlos, relevar sus necesidades, etc. Por otra parte, la ONAJUP tiene la mirada general de las funciones de la justicia de paz, y de los problemas que demanda su instalación y relación con otras instancias de justicia.

Asimismo, tanto las municipalidades que brindan el espacio físico o el apoyo logístico, como las Cortes Superiores que realizan la provisión de mobiliario, y la jurisdicción especial indígena, son un apoyo necesario para los juzgados de paz.

La ONAJUP, por otra parte, elabora reglamentos y protocolos de funcionamiento. Por ejemplo, redactó la nueva ley de justicia de paz vigente desde 2012 y protocolos relativos a la coordinación de la jus-

ticia indígena con la justicia de paz. Por otra parte, también elaboró directivas para pericias antropológicas.

En Perú, es importante realizar una diferencia insoslayable entre jueces de paz legos (o jueces de paz a secas) y jueces de paz letrados, que distorsionan –de acuerdo a muchas de las voces recogidas– el perfil y la concepción original de la justicia de paz.

Los jueces de paz letrados son seleccionados de acuerdo a los procedimientos comunes que comparten todos los jueces, son rentados, tienen personal y un despacho, y desarrollan su accionar en las zonas urbanas y periurbanas. En la zonas urbanas se pretende que la justicia de paz letrada se fortalezca, debido al tejido social con el que interactúa, el acceso a la información que tienen los letrados, y las presiones a las que son sometidos.

Los jueces de paz están autorizados a cobrar pequeños montos por las funciones notariales que cumplen. Esto da lugar, muchas veces, a situaciones de corrupción o abuso. En el territorio existen 5.800 jueces de paz legos, y alrededor de 700 jueces de paz letrados.

Es importante señalar que los prejuicios alrededor de la justicia de paz se mantienen. Se cuestiona si es una justicia de calidad. Se habla de ella como “instancia básica”, pero se lo dice muchas veces en sentido peyorativo, como si fuera “la cenicienta” del sistema de administración de justicia. A pesar de todo y de acuerdo al entrevistado, el nervio de la justicia de paz es el acceso a la justicia.

Un párrafo aparte merece la articulación de la justicia de paz con la jurisdicción especial indígena. La mirada de la ONAJUP es que la coordinación debe ser realizada en igualdad de condiciones. Sin embargo, esto suscita innumerables debates que serán abordados en los siguientes apartados.

La ley de Justicia de Paz (Ley N° 29.824) se encuentra vigente desde el 3 de abril de 2012, y su reglamento fue elaborado en 2013. Es un paso destacable, ya que dotó de consistencia y fortaleza a la institución, a la vez que incluyó en un mismo texto normativo todo lo atinente a la temática.

Esta ley comprende un título preliminar, cinco títulos referidos al régimen del juez de paz, a sus competencias, al régimen disciplinario, a las oficinas de apoyo y a la coordinación con actores de la justicia comunitaria.

Este estudio no abordará todos los aspectos, sino principalmente aquellos que permitan visualizar la estructura y organización de la justicia de paz, a fin de optimizar su funcionamiento.

### ***Concepción / Aproximación conceptual***

De acuerdo a la ley vigente en Perú (art. 1), la justicia de paz es un órgano integrante del Poder Judicial cuyos operadores solucionan conflictos y controversias preferentemente mediante la conciliación, y también a través de decisiones de carácter jurisdiccional, conforme a los criterios propios de la comunidad y en el marco de la Constitución Política del Perú.

De esta definición se desprenden algunas características centrales de la institución:

- Forma parte del Poder Judicial. Lo que convierte a los jueces de paz en autoridades jurisdiccionales.
- Utilizan centralmente la conciliación, lo que los diferencia de otros procedimientos generalmente implementados por el resto de los operadores de justicia.
- También puede –y debe– utilizar criterios que surgen en la propia comunidad, lo que lo convierte en una puerta privilegiada de acceso a la justicia. Dado que es la autoridad más cercana a la comunidad, se acude a ella con una mayor dosis de confianza, y en un entorno más acogedor, sin los laberintos burocráticos que por lo general caracterizan el sistema de administración de justicia.
- Siempre se encuentra obligado por la Constitución Política del Perú, en ningún caso puede trasgredir su mandato.

En Perú, a diferencia de otros países, la justicia de paz es un sistema especial dentro de la administración de justicia. Desde esa perspectiva, la justicia de paz posee:

- a. Un aparato administrativo especial conformado por una oficina nacional y oficinas distritales (ONAJUP y ODAJUP), tal como se describirá a continuación.
- b. Normas especiales.
- c. Competencias que van más allá de la función jurisdiccional, tal como la función notarial.
- d. Un ejercicio desformalizado, que no lo constriñe al uso del derecho positivo. Este es un aspecto central que será profundizado más adelante. Solo para clarificar, es importante entender que el respeto de la diversidad cultural muchas veces obliga a tomar

en cuenta otro tipo de marco normativo asentado en un plexo axiológico diferente. Y allí radica también la riqueza del juez de paz, poder adaptar sus decisiones a una cosmovisión diferente. De allí que siempre se enfatice su flexibilidad.

Ya ha sido mencionado en el marco general, pero es una discusión que se repite en cada uno de los casos estudiados. Si la característica de “lego” del juez de paz no rebaja de algún modo la administración de justicia, convirtiéndola en una justicia de segunda. Por otra parte, si estos ciudadanos devenidos en jueces no son fácilmente manipulados o cooptados ya sea por políticos o por aquellos abogados inescrupulosos, que pueden llevarlos a tomar decisiones equivocadas o contra el derecho.

Estas discusiones, fuertemente influidas por una concepción elitista, dan por sentado que la administración de justicia se ve beneficiada por la labor de aquellos especialistas que están en mejores condiciones de llegar a decisiones justas. De esta manera, se piensa que una justicia encabezada por simples ciudadanos no garantiza del mejor modo el ejercicio de los derechos.

Como se desprenderá de este estudio, en las conclusiones y en sus recomendaciones, la justicia de paz es un escenario de privilegio para el ejercicio de la participación ciudadana, la facilitación del acceso a la justicia, y la respuesta pronta a un ciudadano que debe resolver un conflicto.

Por ello es tan relevante plantear y volver a pensar la concepción de la justicia de paz. Cuál es el mejor abordaje, que siempre tiene como objetivo brindar un servicio de justicia que garantice derechos, gestione conflictos y dé respuestas eficientes a los ciudadanos.

### **Competencia<sup>180</sup>**

Las competencias de los jueces de paz, de acuerdo con la normativa señalada, se refieren a:

- Funciones de resolución de conflictos.
- Funciones notariales.
- Funciones adicionales.

---

<sup>180</sup> Existe un excelente trabajo que describe el contenido de la ley de justicia de paz. Ver “Fortaleciendo la justicia de paz en el Perú”, Poder Judicial del Perú y PNUD, Lima, 2015.



En cuanto a **las funciones de resolución de conflictos**, estas están claramente estipuladas en el articulado. Se refieren a casos de alimentos y procesos derivados o conexos; problemas patrimoniales que se resuelven mediante sentencia o conciliación, pero que no sobrepasen determinado monto impuesto por la ley; faltas, cuando no exista juez de paz letrado; violencia familiar, cuando no exista juez de paz letrado; dictar órdenes provisionales y urgentes sobre tenencia o guarda de menores en situación de abandono o peligro moral; órdenes provisionales cuando existe violencia familiar, y cualquier otro conflicto que involucre derechos disponibles de las partes (como por ejemplo separaciones de pareja, o conflictos sobre organización comunal).

**Las funciones notariales** también están contempladas en la ley de justicia de paz. Fundamentalmente son tres: dar fe de la veracidad de diversos documentos y actos; transferencia de propiedad o posesión según el tipo de bien transferido; protestos de títulos valores (constancia de falta de pago de los títulos valores, letras de cambio, por ejemplo).

Por último, la ley se refiere a **tres funciones adicionales** para los jueces de paz: la tramitación de exhortos, el levantamiento de cadáveres y la competencia en casos de *hábeas corpus*. Estas funciones adicionales, de acuerdo a las conversaciones sostenidas en terreno, son fuente de controversias y muchas veces de desagrado por parte de los jueces de paz, ya que estos últimos se sienten como “mandaderos” de otras instancias, y no pueden llevar adelante sus funciones originales. Además, muchas de esas funciones deben llevarse adelante con recursos del propio juez de paz, lo que contribuye a acrecentar las tensiones internas.

Por otra parte, el ámbito territorial de ejercicio también es relevante. El juez de paz solo podrá ver los procesos cuando:

- Al menos una de las partes está domiciliada en la jurisdicción.
- Cuando la obligación se originó en la jurisdicción.
- Cuando el acuerdo debe ejecutarse en la jurisdicción.

En las cuestiones notariales, la persona que solicita la certificación debe residir permanentemente en el ámbito territorial de la jurisdicción del juez de paz, o el hecho a certificar se ha efectuado en su jurisdicción.

Cabe resaltar que el juez de paz únicamente podrá conocer competencias penales, siempre y cuando no exista un juez de paz letrado.

No obstante, de las entrevistas sostenidas con ronderos comunitarios<sup>181</sup>, que en muchos casos son jueces de paz, ellos afirmaron que resuelven en cualquier tipo de caso, incluido delitos graves.

De lo que se infiere que más allá de la normativa específica, de la ley y los reglamentos respectivos, lo cierto es que la gestión de la conflictividad dentro de las comunidades indígenas se desarrolla desde hace siglos, y no están habituados a que sus prácticas sean limitadas por el propio Estado. Este es un punto de conflicto y discusión permanente entre ronderos y el Estado, que muchas veces se resuelve por parte de la justicia ordinaria no haciéndose cargo de que esto sucede así efectivamente; por parte de la justicia indígena resolviendo sin comunicar al Estado y reconociendo que para la mirada del Estado los ronderos se exceden en sus competencias.

### ***Cómo se llega a acceder al cargo de juez de paz***

Existen dos mecanismos para acceder al cargo de juez de paz:

- Por elección popular
- Por selección, a cargo del Poder Judicial

Vale la pena enfatizar que si bien la regla, de acuerdo con la concepción y el diseño institucional, debería ser la elección por parte de la mayoría de la población del lugar en donde ejerce jurisdicción el juez de paz, en la mayoría de los casos los jueces de paz asumen el cargo por selección.

Esto se debe a que no es sencillo en jurisdicciones con concentración de población organizar la elección y los padrones electorales para tal efecto. Por ello, la elección popular dispone de tres tipos de procesos: el proceso ordinario, el proceso excepcional y el proceso especial, que se aplica en comunidades campesinas y nativas, conforme a sus usos, costumbres y tradiciones.

Para ambos procesos de selección existen los reglamentos respectivos. No se abundará en detalles para no reiterar el articulado de la ley y el reglamento. Sin embargo, es importante señalar que a pesar de los obstáculos existentes para que se desarrolle una nominación por elección popular, lo cierto es que deberían extremarse los esfuer-

---

<sup>181</sup> En Perú, se les llama “ronderos” a las autoridades indígenas de las comunidades, principalmente en la región andina.

zos para que la justicia de paz sea elegida, mayoritariamente, por elección popular.

### ***Red de contención de la justicia de paz: Estado y sociedad***

El artículo VII del título preliminar de la ley de justicia de paz dice:

El juez de paz, para el adecuado cumplimiento de sus funciones, debe recibir el apoyo del Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, las Fuerzas Armadas, el Ministerio del Interior, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, las comunidades campesinas, las comunidades nativas y las rondas campesinas.

Como puede inferirse, la justicia de paz ha sido pensada dentro de un entramado en donde tanto la esfera gubernamental como la no gubernamental presten apoyo a su funcionamiento y desarrollo<sup>182</sup>. Se habla de tres tipos de disposiciones sobre el apoyo a la justicia de paz:

- El apoyo de otras instituciones cuando los jueces de paz administran justicia.
- La oficina de apoyo a la justicia de paz del Poder Judicial.
- El fondo de apoyo a la justicia de paz.

Más adelante se mencionarán las funciones de la Oficina de apoyo a la justicia de paz (ONAJUP) y las Oficinas distritales de apoyo a la justicia de paz (ODAJUP). En este apartado se hará especial mención del fondo de apoyo a la justicia de paz.

La ley regula cómo se conforma dicho fondo. Así, son parte de él:

- El dinero excedente de los derechos por exhortos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 de la ley.
- Los que le asigne el Poder Judicial dentro de su presupuesto institucional.
- Las donaciones y transferencias, que a título gratuito se efectúen a su favor por entidades públicas o privadas.
- Los intereses que devenguen los depósitos de sus recursos financieros en entidades bancarias del Sistema Financiero Nacional.

<sup>182</sup> Más allá de esta concepción, en los hechos los jueces de paz no reciben sueldo por su trabajo. Sin embargo pueden ser sancionados. Y en ocasiones deben invertir de sus propios recursos para desempeñar su tarea. De allí que si bien el apoyo está previsto normativamente, en la realidad la falta de recursos económicos atenta contra su buen funcionamiento.

Sin embargo, de las entrevistas realizadas en terreno se da cuenta de las dificultades económicas que atraviesan los jueces de paz, y de su debilidad estructural, ya que –por ejemplo– solo cuentan con un secretario si ellos le pagan de sus propios bolsillos, a pesar de que no cuentan con remuneración del Estado por su trabajo.

También vale la pena mencionar otras instancias que se utilizan para apoyo de la justicia de paz. Tal vez el caso más paradigmático es el de los ronderos, que no solo articulan con los jueces de paz, sino que ellos mismos asumen la función como una forma estratégica de coordinar con el Estado.

### ***Procedimientos***

Uno de los aspectos definitorios de los jueces de paz es su manera de resolver el conflicto y llegar a una solución. Los jueces de paz legos resuelven “en equidad”, y sus mecanismos para llegar a una respuesta son la conciliación y mediación. Esto es fundamental, y los diferencia de otras técnicas de resolución que utilizan los jueces de paz letrados.

Los tres componentes que se señalan como principales en el procedimiento del juez de paz son: el carácter conciliatorio del juez de paz, su flexibilidad en el proceso y la resolución de las causas, y el respeto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, existe una discusión que no es posible pasar por alto, y que denosta la informalidad en su funcionamiento (la principal característica de la justicia de paz), atribuyéndole un rasgo de poca calidad que no estaría a la altura del servicio de justicia. Si bien esta discusión será retomada en el apartado de recomendaciones, vale la pena remarcar que la posibilidad de que los ciudadanos puedan presentar sus casos con mayor sencillez finalmente tiene impacto en la profundización de su derecho al acceso a la justicia.

Por otra parte, el juez de paz también tiene la facultad de resolver mediante sentencia. En algunos casos, como los de violencia familiar, solo puede llegar a una resolución a través de este procedimiento.

Un párrafo aparte merecen las sanciones comunitarias. Como se ha destacado a lo largo de este estudio, y especialmente en el análisis del caso peruano, la justicia indígena se relaciona estrechamente con la justicia de paz. De allí que el juez de paz muchas veces aplica

sanciones comunitarias que tienen que ver con las prácticas propias de las comunidades indígenas.

Sanciones tales como trabajo comunitario, multa comunitaria, privación de participación en actividades comunitarias, reproche público, disculpas públicas, y otras contempladas dentro del propio derecho indígena, forman parte también de las respuestas que brinda el juez de paz.

Lo interesante de esta posibilidad es que tal como lo destaca el estudio del PNUD al que se hizo referencia, *“... para la aplicación de sanciones comunitarias, el juez de paz puede derivar casos a la justicia comunitaria y puede también aplicar el derecho consuetudinario, siempre que no vulnere derechos fundamentales (artículo 43 del reglamento)”*.

En el caso de la justicia de paz en Perú, y principalmente en los departamentos con una nutrida presencia de jueces de paz (como en Cajamarca), la articulación con la justicia indígena o comunitaria es central, articulación a la que se hará referencia a continuación.

### **Articulación**

El departamento de Cajamarca es el que reúne la mayor cantidad de jueces de paz (467), comparte esta cifra aproximada con el departamento de Junín. Lo que lo hace muy diferente de la justicia de paz en América Latina es su fuerte articulación con la jurisdicción especial indígena (las rondas campesinas).

Vale la pena realizar una serie de aclaraciones/advertencias. Si bien la Constitución peruana de 1993 introduce un artículo (el 149) referido a la justicia indígena, su interpretación es ya un motivo de debate. Dice dicho artículo 149:

Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Las discusiones giran alrededor de los términos campesino, indígena y nativo. En realidad, en Perú, se llaman campesinos a los indígenas andinos, y nativos a los pueblos amazónicos. Sin embargo, no existe consenso acerca de que todos los campesinos sean, efectivamente, indígenas.

En la actualidad, existe un proyecto de coordinación de la justicia de paz y la justicia indígena, que no ha sido aprobado, y que en su momento fue elaborado conjuntamente entre jueces y ronderos. Para paliar este déficit, se han adoptado protocolos de coordinación (que generan obligaciones para los jueces), y de actuación (para los procesos judiciales que involucren a ronderos). Estos protocolos han sido elaborados en Cajamarca por el Instituto de Justicia Intercultural de la Corte Superior, creado el 5 de febrero de 2013. **Vale destacar un dato no menor, y es que la mayoría de los jueces de paz en Cajamarca son ronderos.**

En Cajamarca, tanto la policía como el Ministerio Público articulan con las rondas campesinas. En cada fiscalía de provincia se designa un fiscal coordinador para que se relacione con las rondas. Sin embargo, esta relación no está exenta de tensiones. La Ley N° 27.908 de rondas campesinas, en sus artículos 8 y 9, habla de la articulación con las organizaciones sociales y la jurisdicción ordinaria. Así:

Artículo 8.- Coordinación con autoridades y organizaciones sociales. Para el ejercicio de sus funciones las Rondas Campesinas coordinan en el marco de la legislación nacional con las autoridades políticas, policiales, municipales, representantes de la Defensoría del Pueblo y otras de la Administración Pública. Asimismo, pueden establecer coordinaciones con las organizaciones sociales rurales y entidades privadas dentro de su ámbito local, regional o nacional.

Artículo 9.- Coordinación y apoyo con autoridades jurisdiccionales. Las autoridades de la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación con los dirigentes de las Rondas Campesinas respetando las autonomías institucionales propias. Los dirigentes de las Rondas pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado.

Muchos ronderos han sido acusados de usurpación de funciones, o se teme que su ejercicio de la administración de justicia sea abusivo.

Este desconocimiento tiene una base ideológica y no se condice con el contenido normativo citado.

Como un caso testigo puede citarse al rondero Gregorio Santos, elegido gobernador provincial, a la fecha con prisión preventiva (hace dos años) y cuya causa se encuentra en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los ronderos demandan tener mayores competencias en materia de justicia ambiental y corrupción. Los jueces de paz se convierten en bisagras entre la administración de la justicia ordinaria y la administración de justicia indígena.

**En entrevistas realizadas a ronderos**, estos dieron una interpretación diferente de la concepción sostenida por las instituciones que dependen del Poder Judicial y que atañe a los jueces de paz (la ODAJUP y el Instituto de Justicia Intercultural). Sostienen que si bien reclaman paridad de condiciones entre las rondas campesinas y la justicia ordinaria, al ser los ronderos jueces de paz, logran que las rondas se impongan, porque los ronderos responden a la asamblea.

Por otra parte, en cuanto a la selección de los jueces de paz, es la asamblea de ronderos la que acepta el nombramiento del juez de paz que tendrá jurisdicción dentro de la comunidad. Igualmente, la asamblea de ronderos es la que orienta al juez sobre su actuación. Los ronderos sostienen la no subordinación de las rondas a ningún organismo del Estado. Lo que plantea consecuencias impactantes para la estructura y el modelo mismo de Estado.

Vale la pena remarcar que las rondas campesinas no son solo rurales, sino que existen rondas urbanas que también deben articular con la justicia de paz. Si bien existen jueces de paz que no son ronderos, en el departamento de Cajamarca son los menos.

Asimismo, tampoco existe homogeneidad en el movimiento rondero. Al momento, se señalan al menos tres vertientes en las rondas: la central que responde a un partido de izquierda, con posturas más duras frente al gobierno y al Estado; la Federación, más cercana a la institucionalidad peruana; y por última una tercer rama creada por las empresas mineras instaladas en la zona (Yanacocha es la principal empresa, y el proyecto minero Conga muy controversial y que se encuentra detenido hasta el presente por la reacción popular adversa, ya que dicho proyecto tiene un alto impacto ambiental, contaminan-

do y secando lagunas y vertientes de agua adyacentes), cuyo objetivo es la búsqueda de legitimidad.

**De la entrevista realizada al responsable de la ODAJUP en Cajamarca** surgió la idea de la necesidad de un Estado que respete el ejercicio del derecho propio. También el objetivo de que exista un juez de paz cada 5.000 personas.

En cuanto a la articulación con las rondas campesinas, si bien se trabaja permanentemente para ello –destacando que su justicia no es de segunda, sino que cuenta con gran aceptación y legitimidad– las ventajas de la justicia de paz mencionadas son, entre otras, la predictibilidad y seguridad jurídica.

Por otra parte, a pesar de las ventajas que representa (en cuanto a cercanía, seguridad, legitimidad, etc.), no reciben ninguna retribución económica (y muchas veces son ellos los que deben aportar de sus bolsillos para llevar adelante la tarea para la que fueron nombrados), y por añadidura deben soportar sanciones cuando se les entabla una queja. Esta situación no contribuye a fortalecer la justicia de paz.

A pesar de esta ausencia de remuneración, ellos cobran por llevar adelante “transferencias de posesión” y por alguna gestión de los conflictos que a su vez es tasada por la ODAJUP, para evitar que se cobre excesivamente.

Los jueces de paz articulan entonces con las rondas campesinas, con los policías y con los notarios, porque a su vez la ley les concede competencias notariales, tal como será ampliado en el apartado respectivo.

A pesar de la relevancia de la tarea que desempeñan, su función muchas veces es distorsionada por el propio sistema de administración de justicia, ya que los jueces ordinarios los utilizan como “notificadores *ad hoc*”, lo que les lleva mucho tiempo y los aleja de su función primigenia, ocasionándoles además gastos. Por esa razón, en el último año, según testimonios, renunciaron veinte jueces de paz.

La ODAJUP lleva adelante tres líneas de trabajo:

- *Capacitación*. Basada principalmente no en la impartición de conocimiento por parte de los capacitadores de la oficina, sino del diálogo entre los diferentes actores.



- *Alianzas estratégicas.* Con actores gubernamentales y no gubernamentales. Así, por ejemplo, realizaron convenios con las municipalidades locales para conseguir espacios físicos para los jueces de paz. La Corte Superior les brinda todos los materiales, como mobiliario, útiles de oficina, etc.
- *Publicaciones.* Que contemplan todo lo trabajado con los jueces de paz. Su objetivo es la producción de ideas en la materia.

Como última reflexión, el entrevistado destacó que “la justicia de paz es pobre y para pobres”. Es un tema ineludible la falta de presupuesto estatal para pagar sueldos a los jueces de paz no letrados, a pesar de que estos son la única posibilidad de que ciertos sectores (los más desaventajados) puedan acceder a la justicia.

### **Límites**

La propia ley impone ciertas prohibiciones. De acuerdo a la legislación peruana, el artículo 29 señala:

En toda controversia el juez de paz debe respetar la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas contenidas en la Constitución Política del Perú.

Si bien los jueces de paz, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la ley, pueden conciliar y también pueden dictar sentencia, en ciertas clases de conflictos solo pueden resolver a través de sentencias. Es en los casos de violencia familiar. En los casos patrimoniales, los jueces de paz tienen una facultad más amplia para resolver mediante conciliación.

Por otra parte, en cuanto a las prohibiciones, la ley menciona lo que no puede hacer un juez de paz. Entre otras cosas, intervenir en actividades partidarias, cobrar por sus servicios montos que excedan los topes fijados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, conocer en causas a sabiendas de estar impedido legalmente de hacerlo, desempeñar la labor de abogado defensor ante el distrito judicial donde desempeña el cargo, etc.

Quizás los límites adquieren un mayor significado en cuanto a las competencias, cuáles son los casos que pueden y cuáles son los casos que no pueden resolver. Si bien la competencia ya ha sido parte de un abordaje específico, es relevante retomarlo en este apartado

porque las restricciones a la competencia siempre generan muchos desencuentros.

En el caso peruano, los ronderos –muchos de ellos jueces de paz– no asumen que existen casos vedados a sus facultades. Por ello, resuelven en todos los casos, incluidos homicidio, violencia sexual, etc. Lo que genera enormes tensiones con la justicia ordinaria, y se traduce en un conjunto de cuestiones no resueltas por la coordinación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena.

### ***Conclusiones preliminares***

- La justicia de paz en Perú tiene una raigambre institucional que la dota de una base sólida e incuestionable jurídicamente.
- La justicia de paz forma un sistema dotado de organismos propios, una ley que la regula, sistemas de selección y procedimientos, y está extendida geográficamente (al decir de los propios involucrados: “un subsistema de justicia”).
- Existen jueces de paz legos y jueces de paz letrados, lo que genera equívocos insoslayables. Una característica central de un juez de paz es su carácter no letrado. Sería conveniente, sugerencia realizada por las propias autoridades judiciales, que se cambiara la denominación de los jueces de paz letrados.
- La falta de recursos económicos atenta contra su fortalecimiento. Sería deseable que los jueces de paz tuvieran algún tipo de retribución por su trabajo.
- Un tema central de la justicia de paz en Perú es su necesaria vinculación y coordinación con la jurisdicción indígena. La centralidad que adquieren las rondas campesinas en algunas regiones del país, y el hecho de que muchos ronderos sean jueces de paz, vuelve cada vez más necesario ajustar dicha coordinación.
- La justicia de paz en áreas urbanas y rurales debe adquirir rasgos específicos. La ONAJUP ha trabajado reglamentos para conflictos territoriales, distinguiendo zonas urbanas y periurbanas.
- Se señala como una debilidad a tener presente –en el caso de los jueces legos– la potencial manipulación que pueden sufrir, y las dificultades que afrontan cuando sufren presiones de todo tipo. Para ello, se debe identificar cuidadosamente a un juez de paz –en los casos de selección– para distinguir aquellos que ejercen un liderazgo incuestionable en su comunidad.
- Si bien los jueces de paz están autorizados a cobrar pequeños montos por las funciones notariales que desempeñan, esto debe ser monitoreado para evitar una cobranza abusiva.

- Si bien existe un régimen disciplinario para los jueces de paz, no deja de ser paradójico que puedan sufrir sanciones pero que no reciban retribución por su trabajo, debiendo muchas veces recurrir a sus propios recursos para hacer frente a la tarea.
- Más allá de que cuentan con la adhesión popular, no se ha podido erradicar el prejuicio de que los jueces de paz administran una justicia de menor calidad que la administración de justicia por letrados.
- Existe consenso alrededor de que el “nervio” de la justicia de paz es promover y mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos.

## Caso Colombia

- Introducción
- Concepción / aproximación conceptual
- Competencia
- Cómo se llega a acceder al cargo de juez de paz
- Ofertas de Justicia: Estado y Sociedad
- Procedimientos
- Control Disciplinario, Competencias, Límites
- Ventajas y Desventajas de la justicia de paz
- Conclusiones preliminares

### Introducción

Si bien hace poco más de una década, la justicia de paz en Colombia se presentaba como un modelo a seguir en América Latina, con una fortaleza inusitada a nivel de las bases, y con un acompañamiento fuerte de las estructuras judiciales (orgánicamente, la jurisdicción de paz depende de la rama judicial), en la actualidad la figura se “encuentra desdibujada”, y ha quedado atrapada en otras discusiones actuales<sup>183</sup>, que si bien la ensombrecen, también constituyen una ventana de oportunidad para recuperarla y fortalecerla.

<sup>183</sup> En el momento que se llevó adelante una serie de entrevistas en las ciudades de Bogotá y Medellín, se habían firmado los acuerdos de paz (al menos, una firma preliminar), fijándose fecha para el plebiscito que lo pondría a consideración de la ciudadanía (cuyo resultado fue negativo). Por otra parte, dentro de estos acuerdos de paz, la construcción de una “jurisdicción especial para la paz” es uno de los aspectos más sobresalientes (hasta el momento, sigue siéndolo). No confundir la justicia de paz con dicha jurisdicción fue parte de una tarea que buscó clarificar un equívoco permanente, dado que en el imaginario de operadores de justicia, académicos, miembros de organizaciones de la sociedad civil, el único punto fuerte de discusión hoy en Colombia es la justicia de paz, es decir, la comúnmente conocida como justicia transicional.

En Colombia existen y conviven un conjunto de mecanismos de administración de justicia a nivel local, que conforman un escenario variopinto y –en algún sentido– fuera de control, con grandes dificultades fácticas de darles seguimiento. A la jurisdicción de paz se le suma la jurisdicción indígena, pero la guerra también ha dejado una forma específica de gestionar la conflictividad: “el legado de la justicia armada”, que debe ser reapropiado para encauzarlo por canales democráticos.

Frente a un estado de situación complejo, profundamente politizado, luego de más de cinco décadas de conflicto armado interno (una guerra con diversos actores involucrados), el Estado colombiano busca solidificar su institucionalidad a la vez que refundar otra diferente, fruto de los Acuerdos de Paz, para buscar una salida a la guerra y superar finalmente el enfrentamiento que ha desangrado el país.

Una realidad así descrita plantea un primer interrogante frente a la justicia de paz<sup>184</sup>, 1) si en la actual coyuntura colombiana es relevante reflexionar sobre este segmento de la administración de justicia. Por otra parte, si la respuesta es afirmativa, y dado el estado de situación de la justicia de proximidad, el segundo interrogante que surge es 2) si es posible extraer buenas prácticas e identificar “lecciones aprendidas”, que enriquezcan el panorama latinoamericano y permitan aportar en términos de construir respuestas efectivas y eficaces para los conflictos.

La evolución/involución de la justicia de pequeñas causas en Colombia, y su debilitamiento actual, nos permitirá reflexionar y extraer algunas conclusiones tendientes a valorar esta particular institución, y a la vez identificar algunos aspectos que no deben ser descuidados, si el objetivo es gestar modelos con mayor impacto.

Por otra parte, de las entrevistas realizadas surge que esta justicia se encuentra presente y tiene gran arraigo en las comunidades, que la gente acude a presentar sus problemas y que encuentran respuestas adecuadas y solución a sus planteos. Existe una cierta brecha entre “la mirada institucional” y lo que sucede en la dimensión local, que se acrecienta cuando la justicia de paz se ha transformado con autonomía, y cuando las instituciones de justicia (Consejo de la

---

<sup>184</sup> En este capítulo la denominación “jueces de paz” será acompañada de “jueces de proximidad o cercanía” para evitar confusiones con la “jurisdicción especial” para la paz a la que se hizo referencia.

Judicatura, Escuela Judicial) no han podido seguir su devenir, lo que revierte en una disonancia entre las perspectivas de funcionarios y las expectativas ciudadanas.

En el estudio del caso colombiano se advierte, entonces:

1. La jurisdicción de paz fue ejemplo en la región hace una década, y de a poco fue perdiendo potencia.
2. En la actualidad es una figura que se encuentra desdibujada, no se visualiza –desde diversos sectores (instituciones de justicia, ONGs, académicos)– claramente cuáles son sus alcances e impactos.
3. Existe una impresión generalizada de que impera la falta de control de su funcionamiento.
4. La justicia de pequeñas causas coexiste y se solapa con otro tipo de justicias, formales e informales. Desde la jurisdicción indígena –con la que comparte su adscripción a la rama judicial– hasta la justicia que imparten desde organismos paraestatales (guerrilla y paramilitares).
5. Por otra parte, también existen diferencias en cuanto al órgano del que dependen. Si bien formalmente están incluidos –como ya se ha señalado– en la rama judicial, existen jueces de paz que dependen de la gobernación de los departamentos, y también existen mediadores en las Juntas de Acción Comunal (JAC) que utilizan los mismos métodos y procedimientos que los jueces de pequeñas causas. Esta descripción abona a la idea de un desorden que es autoevidente.

La relevancia que adquiere el caso colombiano para este estudio radica, en primer lugar, en que es una institución de justicia inserta formalmente en el Poder Judicial, pero cuya fortaleza deriva de la inserción comunal. En segundo lugar, su relación con otros dispositivos de justicia genera un entramado complejo destinado a garantizar el acceso a la justicia. En tercer lugar, y en la actual coyuntura colombiana que es insoslayable, la justicia de paz, de pequeñas causas, de menor cuantía, puede ser una apuesta al futuro para garantizar la presencia del Estado en todo el territorio (fundamentalmente pensando en el territorio desmilitarizado producto de los Acuerdos de Paz, que debe ser recuperado progresivamente por la institucionalidad del Estado).

Las próximas páginas estarán dedicadas a analizar su funcionamiento, organización, alcances y límites, destacando luces y sombras y su proyección para el futuro.

### **Concepción / Aproximación conceptual**

Los jueces de paz se encuentran contemplados normativamente en:

*La Constitución de 1991:*

*Art. 116. .... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*

*Art. 247. La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular.*

Por otra parte, existe el “Estatuto legal de Jueces de Paz” (Ley N° 497 de 1999). Esta ley crea la justicia de paz, y regula su organización y funcionamiento. A lo largo de sus 38 artículos se refiere a los principios que la informan, su competencia, jurisdicción, procedimientos, sanciones, competencias, etc.

Esta ley deja establecido que la justicia de paz busca el tratamiento integral de los conflictos comunitarios. Los primeros artículos establecen:

**Artículo 1°.** *Tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios y particulares. La jurisdicción de paz busca lograr la solución integral y pacífica de los conflictos comunitarios o particulares.*

**Artículo 2°.** *Equidad. Las decisiones que profieran los jueces de paz deberán ser en equidad, conforme a los criterios de justicia propios de la comunidad.*

**Artículo 3°.** *Eficiencia. La administración de justicia de paz debe cumplir con la finalidad de promover la convivencia pacífica en las comunidades de todo el territorio nacional.*

**Artículo 4°.** *Oralidad. Todas las actuaciones que se realicen ante la jurisdicción de paz serán verbales, salvo las excepciones señaladas en la presente ley.*

**Artículo 5°.** *Autonomía e independencia. La justicia de paz es independiente y autónoma con el único límite de la Constitución Nacional. Ningún servidor público podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un juez de paz las decisiones o criterios que deba adoptar en sus intervenciones, so pena de incurrir en mala conducta, sancionable disciplinariamente.*

**Artículo 6°.** *Gratuidad. La justicia de paz será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las expensas o costas que señale el Concejo Superior de la Judicatura.*

**Artículo 7°.** *Garantía de los derechos. Es obligación de los jueces de paz respetar y garantizar los derechos, no solo de quienes intervienen en el proceso directamente, sino de todos aquellos que se afecten con él.*

Los jueces de paz basan su procedimiento en la equidad, son legos, y son elegidos popularmente. Son investigados disciplinariamente por el Consejo de la Judicatura. Vale la pena destacar que en el sistema colombiano esta jurisdicción está conformada por los jueces de paz propiamente dichos, y los jueces de reconsideración, que revisan las decisiones de estos, a fin de cumplir con el principio de la doble instancia.

De acuerdo a la normativa vigente, los rasgos salientes de la justicia de paz son:

- Jueces legos, que no necesitan formación específica<sup>185</sup>.
- Deciden los conflictos sometidos a su consideración “en equidad”.
- Son elegidos popularmente, a través de procesos de selección organizados por las gobernaciones.
- Su trabajo es gratuito, no reciben sueldos ni honorarios.
- Su función primordial es mantener la convivencia armónica y pacífica.

A pesar de la pérdida de fortaleza de esta figura en Colombia, dos son los fines que destacan los entrevistados: la resolución rápida y eficiente de los conflictos, y la descongestión de los despachos judiciales. Muchas veces parece que esta última función es la más relevante.

<sup>185</sup> La Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” imparte cursos de niveles y de capacitación a los jueces de paz.

## ***Cómo se llega a acceder al cargo de juez de paz***

De acuerdo a la Ley N° 497 ya señalada, el proceso de elección de los jueces de paz es realizado por votación popular conforme a la reglamentación expedida por el Consejo Nacional Electoral. Dice el artículo pertinente:

**Artículo 11.** *Elección. Por iniciativa del Alcalde o del Personero o de la mayoría de miembros del Concejo Municipal o de grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral municipal o distrital existente, el Concejo Municipal a través de acuerdo convocará a elecciones y determinará para el efecto las circunscripciones electorales, que sean necesarias para la elección de juez de paz y de reconsideración.*

*Los jueces de paz y de reconsideración serán elegidos mediante votación popular por los ciudadanos de las comunidades ubicadas en la circunscripción electoral.*

*Los candidatos serán postulados, ante el respectivo Personero Municipal, por organizaciones comunitarias con personería jurídica o grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral que haya señalado el Concejo Municipal.*

*Para la elección de jueces de paz y de reconsideración la votación se realizará conforme a la reglamentación que expida el Consejo Nacional Electoral.*

*Para los efectos del artículo 32 de la presente ley, se elegirán en la misma fecha dos jueces de paz de reconsideración de candidatos postulados específicamente para ese cargo. En caso de no cumplirse con estos requisitos se aplicará lo dispuesto en el artículo 32 de la presente ley, para el trámite de reconsideración de la decisión.*

Este artículo amerita algunos comentarios. Si bien los jueces de paz dependen orgánicamente de la rama judicial, todo el proceso de organización de la votación se ejecuta desde el Poder Ejecutivo. Por otra parte, si bien está claro que los jueces de paz no cobran por realizar su trabajo, el presupuesto lo maneja cada una de las alcaldías. Se podría concluir que los jueces de paz tienen sus adscripciones divididas entre dos poderes del Estado.



En otro orden de ideas, la ambigüedad de esta pertenencia también le imprime ambigüedad a la figura. Porque no queda muy claro cómo articulan y cuál es su relación con el Poder Judicial. Si bien la Escuela Judicial les imparte cursos de formación, y si bien la Sala disciplinar del Consejo de la Judicatura debería llevar adelante el control disciplinar, lo cierto es que esta última tarea encuentra sus escollos<sup>186</sup>. Esta relación será retomada en los próximos apartados.

### ***Ofertas de Justicia: Estado y Sociedad***

En Colombia, la diversidad de ofertas de “justicia comunitaria”<sup>187</sup> es notable. A la jurisdicción de paz (también llamados jueces de pequeñas causas) debe sumársele la jurisdicción indígena. Pero más allá de estas jurisdicciones adscriptas a la rama judicial del Estado, existen en las comunidades afro-descendientes los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, que imparten justicia a través de la conciliación. Las Juntas de Acción Comunal (JAC), que en temas de justicia también aplican la conciliación, y que se conforman con un esquema comunitario que abarca tanto lo urbano como lo rural.

El tema de la guerra también ha dejado su impronta en los modos de resolver los conflictos. Tanto la guerrilla como los paramilitares, en territorios militarizados en donde el Estado quedó excluido y fue vedada su presencia, desarrollaron sus propios procedimientos para dar respuestas a las comunidades. De ese modo, se gestó una suerte de “justicia armada” que también debe ser “desarmada” *post* los Acuerdos de Paz. Otro gran desafío para el Estado colombiano.

Dado que los jueces de paz también utilizan habitualmente en sus procedimientos la conciliación, es fácil advertir el solapamiento de estos con los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras o las JAC, que son muy fuertes en las zonas rurales. Por otra parte, se constató que existe muy poca información actualizada sobre los jueces de paz, cuántos son, dónde están operando, y los análisis sobre su función y alcance son austeros.

<sup>186</sup> De las entrevistas realizadas, se advierten las dificultades de llevar adelante dicho control. Ni siquiera se conoce a ciencia cierta cuál es el número de jueces de paz hoy con mandato vigente, mucho menos se hace un seguimiento de su trabajo y de sus resoluciones.

<sup>187</sup> Se incorpora en este estudio el término “justicia comunitaria” para hacer referencia a los dispositivos de acceso a la justicia que se encuentran a nivel comunal. Son aquellos mecanismos más cercanos a la gente, y por ende, los que receptan y entienden sobre la mayor cantidad de conflictos.

Un párrafo aparte merecen las casas de justicia. Las primeras se crearon en los años 90 y a partir del año 2000, a través del Decreto 1477/2000, se implementó el Programa Nacional de Casas de Justicia. Según este decreto, las casas de justicia son “centros multiagenciales de información, orientación, referencia y prestación de servicios de resolución de conflictos, donde se aplican y ejecutan mecanismos de justicia formal y no formal”. Brindan servicios de conciliación en derecho y equidad.

De esta manera, en las casas de justicia confluyen entidades del orden local y nacional que prestan servicios relacionados con la justicia. Las entidades del orden local que pueden participar son: la coordinación de la casa, el centro de recepción e información, el centro de cómputo, la comisaría de familia, la inspección de policía, la personería distrital o municipal, la oficina de desarrollo comunitario, el consultorio jurídico, los conciliadores en equidad, el equipo de trabajo social y psicológico, la oficina de asuntos étnicos, los centros de conciliación y los jueces de paz.

De otro lado, las entidades del orden nacional que pueden participar son: la inspección de trabajo del Ministerio de Trabajo, la Fiscalía local, la Defensoría del Pueblo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Registraduría Nacional del Estado Civil<sup>188</sup>.

Las casas de justicia<sup>189</sup> se convierten en otro actor dentro de un escenario abigarrado, en donde coexisten –no siempre armónicamente– diferentes ofertas de justicia, y en donde no queda claro cuál es el rol del juez de paz en todo este entramado. Todos los actores, por lo

---

<sup>188</sup> Ver GARCÍA VILLEGAS, M., *Casas de Justicia*, op. cit.

<sup>189</sup> “En abril de 2015 había más de cien casas de justicia en el país. Su implementación ha aumentado durante los años y se ha concentrado en zonas estratégicas para la prevención y atención de conflictos. Sin embargo, su expansión ha dependido de coyunturas específicas y no ha respondido a una estrategia de planeación que dé cuenta de las particularidades y diferencias de la conflictividad social en el territorio, ni se ha efectuado una evaluación ni reflexión seria del Programa. La iniciativa para su creación proviene de los gobiernos locales, los cuales están encargados del mantenimiento y la coordinación de las casas. El Ministerio de Justicia coordina y fija los lineamientos generales del Programa. Las demás entidades nacionales deciden si destinan personal y otros recursos a las casas de justicia (fiscal, juez, defensor, por ejemplo). En general, la implementación de las casas requiere de voluntad política significativa y, en varias ocasiones, su implementación no está asociada a estudios de conflictividad social ni de presupuesto requerido –globalmente– para su operación”. Cfr. VILLEGAS, M., *Casas de Justicia*, op. cit., p. 97.

general, utilizan la conciliación y resuelven en equidad. Los usuarios no están familiarizados con las diferentes opciones, estas no son uniformes en todo el territorio y su conformación depende de un conjunto de variables.

Sin lugar a dudas, es imprescindible articular todas las ofertas de justicia, brindar información de cada una de ellas, fortalecer las que tienen mayores posibilidades de inserción territorial, y gestar modelos de justicia que privilegian al destinatario. Se requiere de una visión integradora y holista.

### ***Procedimientos***

Las partes involucradas en un conflicto solicitan, de común acuerdo y de manera oral o escrita, la intervención del juez de paz. Según la ley que regula el funcionamiento de la justicia de paz, este resuelve en dos etapas:

- La primera, conciliadora o auto-compositiva.
- La segunda, a través de una sentencia, también llamada la etapa resolutive.

Si bien a diferencia de las otras instancias mencionadas, pueden formular una sentencia, su rasgo definitorio es la conciliación. Precisamente, este procedimiento genera solapamiento y confusión con otras instancias que también utilizan la conciliación y que, como fueron mencionadas, dependen de diversas instancias estatales.

La articulación entre Consejo de la Judicatura, Ministerio de Justicia y Gobernación sería necesaria y deseable. En la realidad, el Ministerio de Justicia brinda un servicio de “conciliadores en equidad”, del Consejo de la Judicatura dependen los jueces de paz (aunque no su presupuesto, que es concedido y administrado por las alcaldías).

Por otra parte, también existen casas de justicia en donde eventualmente puede prestar servicios un juez de paz, pero dependiendo de la rama judicial que debe asignarlo. La casa de justicia puede ofrecer un servicio de conciliación con independencia de la existencia del juez. En definitiva, no está para nada claro qué servicios se presta, quién lo hace, cómo se hace, y como tampoco existe un seguimiento, solo puede destacarse que la conciliación es el procedimiento por excelencia que se aplica, y que no siempre lo lleva adelante un juez de pequeñas causas.

De las entrevistas realizadas<sup>190</sup>, surgen algunos datos esclarecedores:

- El Ministerio de Justicia ofrece conciliadores en equidad y no coordina con el Consejo Superior de la Judicatura, que debería clarificar el rol de los jueces de paz.
- Existen 31 casas de justicia en el Departamento de Antioquia, y en la mayoría de ellas no existen jueces de paz.
- Existe una disputa entre las diferentes instancias del Estado por los recursos económicos, y quiénes deben proveer al funcionamiento de los jueces de paz.
- El rol del Consejo Superior de la Judicatura es relativo. Si bien tiene a su cargo el régimen disciplinario (algo que será abordado más adelante), no destina presupuesto para ellos (sí las alcaldías). Cuando se organiza su elección<sup>191</sup>, con independencia del Consejo, se les envía el acta respectiva para que organicen –desde el Consejo y a través de la Escuela Judicial– cursos de capacitación.
- Los jueces de paz se presentan juntos con los jueces de reconsideración, en una misma fórmula, a la consideración popular.
- Si bien en una primera aproximación podría inferirse que los jueces de paz están profundamente debilitados, sin embargo –y a pesar de la carencia de estudios específicos– la comunidad cree en la justicia de paz, y resuelve conflictos permanentemente, con o sin mandato, algo que será parte de la reflexión final.
- Los jueces de paz y reconsideración no obtienen remuneración alguna por los servicios que prestan.

### **Control Disciplinario, Competencias, Límites**

De acuerdo al artículo 34 de la Ley N° 497, *“En todo momento el juez de paz y los jueces de paz y de reconsideración podrán ser removidos de su cargo por la Sala Disciplinaria del Concejo Seccional de la Judicatura, cuando se compruebe que en el ejercicio de sus funciones han atentado contra las garantías y derechos fundamentales u observado una conducta censurable que afecte la dignidad del cargo”*.

---

<sup>190</sup> De entrevistas realizadas en la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, adscripta a la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en Bogotá, surge que en la ciudad de Medellín hasta el presente no existen jueces de paz, porque sus mandatos se encuentran vencidos, y se debe llevar adelante una nueva elección popular.

<sup>191</sup> En Antioquia se está organizando para 2017 la elección de los jueces de paz. Pueden votar los ciudadanos que figuren en el Censo Electoral de la elección ordinaria inmediatamente anterior a este proceso electoral y quienes hayan recibido su cédula por primera vez hasta el 30 de noviembre de 2014.

No obstante, si es difícil determinar por los propios órganos responsables cuántos son los jueces de paz actualmente en función<sup>192</sup>, y si en ocasiones –tal como se constató en este estudio– se afirma por estos mismos órganos que no existen jueces de paz en Medellín, no es sencillo determinar de qué modo se aplica este control disciplinario.

En cuanto a su competencia, el artículo 9 de dicha ley establece que *los jueces de paz conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, los jueces de paz no tendrán competencia para conocer de las acciones constitucionales y contencioso-administrativas, así como de las acciones civiles que versen sobre la capacidad y el estado civil de las personas, salvo el reconocimiento voluntario de hijos extra matrimoniales.*

Esta competencia material se complementa con la competencia territorial, que está determinada por el lugar de donde proceden las partes, el lugar en donde se produjeron los hechos o, en su defecto, en el lugar que las partes establezcan de común acuerdo.

Sus límites están establecidos por la Constitución y la ley que los regula. En el entendido que es una justicia gratuita, accesible, que tiene por finalidad recomponer el entramado social, no deben sobrepasar sus competencias y deben actuar siempre que existe voluntariedad de las partes de someter el conflicto a su consideración.

<sup>192</sup> No fue posible obtener datos más actualizados que los que se consignan a continuación, extraídos de la página web de Corporación Excelencia de la Justicia, los que a su vez fueron tomados del *Reporte del Consejo Superior de la Judicatura al Ministerio del Interior y de Justicia, abril 2011*: “Al observar los datos, se puede apreciar que tan solo 12 departamentos cuentan con jueces de paz. Comparativamente, entre dichos departamentos se registra una distribución desigual: del total de 1.163 jueces de paz de los que el Consejo Superior de la Judicatura tiene registro, más del 50 por ciento se concentran en los departamentos del Valle y Risaralda, con 392 y 213 jueces, respectivamente. Por otra parte, los cinco departamentos con menores registros (Santander con 7, Boyacá con 8, Antioquia con 9, Caldas con 19 y Tolima con 24) tan solo suman el 5,7 por ciento de jueces de paz del país. Sumado a esta distribución desigual, preocupa también que la oferta de jueces de paz se concentra en territorios que, dada su condición, tienen una considerable oferta institucional de justicia. En este sentido, cerca del 50 por ciento de jueces de paz se ubican en Bogotá (134 jueces), Cali (143), Villavicencio (47), Ibagué (24), Armenia (26), Pereira (83), Neiva (27) y Yopal (49), territorios que constituyen cabeceras de Distritos Judiciales”.

### ***Ventajas y Desventajas de la justicia de paz***

En términos generales, siempre se ha discutido sobre las luces y sombras de esta institución. El caso colombiano no es ajeno a esta discusión, y se llama la atención sobre algunos déficits que debilitarían la figura.

Los especialistas consultados han señalado que en la práctica muchas veces los jueces de paz se extralimitan en sus competencias, vulneran el debido proceso, lucran con la justicia especial, todos aspectos que conforman “las desventajas” de esta justicia de cercanía.

Por otra parte, también se observa que no solo cobran por sus servicios, sino que utilizan el proceso de elección popular para medir su popularidad para un potencial cargo político. Asimismo, los jueces de paz también legitimarían decisiones que son dudosas, son fácilmente influenciables, y carecen de imparcialidad.

Sintetizando, los jueces de paz son cuestionables porque:

- Se extralimitan en sus funciones, resolviendo conflictos que están más allá de sus competencias.
- Cobran por los servicios que prestan.
- No son imparciales.
- Son manipulables.
- Utilizan el cargo de juez de paz como trampolín político.
- Los jueces de paz quieren convertirse en jueces ordinarios. Creen que son jueces “en derecho”.
- En su accionar, legitiman decisiones que muchas veces no se ajustan al derecho.
- Son difícilmente controlables.

Como contracara, las ventajas son numerosas. Una justicia de cercanía, que genera confianza, que es gratuita, que su fin es superar el conflicto y su horizonte es la paz comunitaria. Que su respuesta es pronta y eficaz, y que sus destinatarios son satisfechos en sus intereses.

Los jueces de paz deberían ser fortalecidos porque:

- Hablan el mismo lenguaje que aquellos que acuden en búsqueda de una respuesta a sus conflictos. Generan confianza, viven en la misma comunidad, conocen y comparten sus problemas.

- Su servicio es gratuito. Los usuarios no tienen que afrontar los costos que les demanda la justicia ordinaria.
- Su objetivo principal es reparar el entramado social en la búsqueda de la paz comunitaria.
- Son jueces en equidad. En ese sentido, utilizan el sentido común, y brindan una respuesta pronta y eficaz. Los usuarios no tienen que padecer las largas demoras de la administración de justicia ordinaria.
- No solo solucionan de manera más eficaz los conflictos que se les presentan a consideración, sino que su accionar contribuye a descongestionar los despachos, lo que facilita también la labor de la justicia ordinaria.
- Algo que se destaca y que vale la pena enfatizar es que “la comunidad cree en la justicia de paz”.

El desarrollo de la justicia de pequeñas causas en la primera década del siglo XXI en Colombia, un país con una amplia extensión territorial y con una cultura que privilegia la justicia comunitaria, merece ser reavivado y fortalecido. Esta forma de administrar justicia, sus procedimientos informales y anclados en “la equidad”, la gratuidad, la cercanía con los usuarios, la convierte en un dispositivo de acceso a la justicia privilegiado.

A pesar de las desventajas señaladas, y de aquellos que sostienen que se debe garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos de un Estado a través de un juez “en derecho”, “formado”, la justicia profesional no asegura que la administración de justicia será de mayor calidad.

Llama la atención que el “Plan Nacional de desarrollo 2014– 2018: Todos por un nuevo País”, si bien aborda el tema del acceso a la justicia, no menciona a los jueces de paz<sup>193</sup>, más aún cuando expre-

---

<sup>193</sup> Programas de acceso a la justicia para las personas. A través de esta estrategia se busca avanzar en la superación de las barreras de acceso a la justicia mediante el fortalecimiento de los mecanismos de atención y orientación a los usuarios de los servicios de justicia en todo el territorio nacional y la superación de las barreras territoriales y poblacionales. El acceso a la justicia se ajustará a las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad”, para lo cual se adelantarán las siguientes líneas de acción durante el cuatrienio:

- Las casas de justicia y centros de convivencia ciudadana contarán con un nuevo modelo de gestión que permitirá garantizar la presencia institucional, la atención y la articulación interinstitucional requeridas para atender las necesidades de los ciudadanos y promover la resolución de conflictos y la convivencia pacífica.
- Las casas de justicia y centros de convivencia ciudadana estarán conectados a un

samente dicho plan afirma que su objetivo desarrolla la apuesta por un enfoque sistémico y territorial de la justicia en el país. Si bien este documento está a cargo del Ejecutivo, lo cierto es que el acceso a la justicia debe ser concebido como una política de Estado, y si bien las ofertas de conciliadores están muchas veces bajo la órbita del poder administrador, ello no obsta a que deban ser abordadas como un sistema total.

Por otra parte, el informe al Congreso elaborado por la Rama Judicial 2015 solo se refiere a los jueces de pequeñas causas en la parte dedicada a la desconcentración de los despachos judiciales, sin volverlos a mencionar en el resto de los capítulos del extenso trabajo.

### ***Conclusiones preliminares***

- A pesar de que en la actualidad Colombia enfrenta enormes desafíos –políticos, sociales, jurídicos– la justicia de pequeñas causas sigue siendo importante, y tiene una proyección enorme de cara al futuro.
- De su recorrido hasta el presente, pueden detectarse algunos elementos que a la manera de “lecciones aprendidas” permitirán profundizar la reflexión alrededor de la mejor manera de fortalecerla.
- Llama la atención el desconocimiento de los especialistas (referentes de las instituciones de justicia, ONGs, académicos) sobre la justicia de paz, su existencia, función, alcances, límites, etc. No existen estudios recientes que den cuenta de cuestiones tan básicas como cuántos son o dónde están. Por otra parte, y tal como lo señaló un juez de paz, el “limbo jurídico”

---

sistema de información nacional que permitirá recoger, sistematizar y analizar la información de la atención integral en el Programa Nacional. • Se diseñarán rutas de atención al ciudadano con enfoque diferencial que incluyan los procedimientos y acciones de los procesos judiciales y extrajudiciales en las diferentes especialidades, incluyendo la administración de justicia a cargo del Ejecutivo. • Nuevo diseño institucional de las comisarías de familia con el fin de garantizar su prestación oportuna y de calidad a través del fortalecimiento y estandarización de la atención y los servicios prestados por las comisarías de familia de todo el país. En dicho diseño participarán las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), comisarios y comisarías de familia y expertos académicos. Lo anterior incluye la formulación y la promoción de una reforma institucional de estas entidades que incluya la incorporación de herramientas de gestión y servicios basados en TIC para el seguimiento a casos y la interacción entre entidades con los usuarios (p. 488).



en el que muchas veces existen no contribuye a gestar mayor institucionalidad.

- Asimismo, existe un descontrol manifiesto no solo sobre sus decisiones sino sobre el cumplimiento de su mandato, y sobre su accionar en general. Fue posible obtener el dato de que en Bogotá existen 114 jueces de paz y reconsideración<sup>194</sup>, pero no existe información estadística que indique en el país cómo están distribuidos. Una de las dificultades, sin lugar a dudas, es que su cargo –fruto de la votación popular– depende para ser prorrogado de la organización de elecciones, lo que conlleva un proceso interno que, a su vez, depende de la alcaldía para concretarlo. No obstante, es difícil entender cómo desde la Rama Judicial, responsable de los jueces de paz, no se toman los recaudos para poder conocer con certeza –y dar seguimiento– al desarrollo de su función, vencimiento de su mandato, etc.
- A pesar de las dificultades, la justicia de paz resiste el desinterés y la desidia de la estructura judicial, y encuentra su mayor fortaleza en su trabajo comunitario. Según la información obtenida, los casos que resuelven son numerosos y en los lugares donde existen se ha generado una relación de confianza con el usuario.
- Si se tiene presente el alto índice de necesidades jurídicas insatisfechas que presenta Colombia<sup>195</sup>, generar puertas de acceso a la justicia se vuelve parte de una necesaria política pública. Los jueces de pequeñas causas cubren una demanda real, que se acrecentará previsiblemente con los resultados de los Acuerdos de Paz.
- Otro de los hallazgos de este estudio tiene que ver con la coordinación –o falta de ella– de los diferentes servicios de justicia existentes. Como ya fue descrito, los actores que prestan conciliación “representando” al Estado colombiano son múltiples, con adscripciones disímiles, sin que quede muy claro para la ciudadanía cuáles son sus diferencias.

<sup>194</sup> Dato obtenido de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” del Consejo Superior de la Judicatura.

<sup>195</sup> “Cerca de dos de cada cinco personas de la población mayor de edad en las principales 14 ciudades del país sufrieron alguna necesidad jurídica en los últimos cuatro años”. Cfr. LA ROTA, M., Y OTROS, *Ante la Justicia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá (2014), p. 368.

- Por otra parte, para los mismos dispositivos estatales, es realmente complejo no solapar funciones y duplicar la oferta, frente a situaciones por lo general caracterizadas por los recursos limitados. Sería deseable que el Estado arbitrara los medios para darle mayor certidumbre al usuario, que debería saber dónde acudir; asimismo, que el Estado maximice la utilización de los recursos existentes.
- Finalmente, en una etapa postconflicto como la que le toca atravesar a Colombia, la pacificación de importantes territorios del país significará también abrir la puerta –después de más de cinco décadas– a la presencia del Estado. Este deberá hacerse presente a través de instancias muy disímiles, y los jueces de paz pueden ser los embajadores adecuados para empezar a incorporar a la vida política, social y jurídica del país a importantes sectores de la sociedad. Los jueces de paz, entonces, se presentan como una instancia necesaria y privilegiada para contribuir a esa transformación.

### **Caso Provincia de Río Negro, Argentina**

- Introducción
- Concepción / aproximación conceptual
- Competencia
- Cómo se llega a acceder al cargo de juez de paz
- Organización de los juzgados de paz
- Control Disciplinario, Límites
- Trabajo interdisciplinario e interinstitucional en red
- Conclusiones preliminares

#### ***Introducción***

El análisis del caso argentino presenta una particularidad no menor: su sistema federal de gobierno. Esta descentralización territorial de la organización del poder parte de la premisa de la autonomía de los Estados provinciales –lo que en la práctica se configura como una autonomía limitada– y de su prerrogativa de organizar su propia administración de justicia. Su consecuencia más inmediata es que si bien todas las provincias se encuentran “bajo el paraguas normativo” de la Constitución Nacional, el sistema de justicia presenta características diferentes, según cuál sea la provincia de que se trate.

Este desarrollo, heterogéneo y desparejo, configura un escenario variopinto también para la justicia de paz. Esta justicia no presenta un

gran desarrollo a nivel conceptual, y en general es el último escalafón de los poderes judiciales. La percepción que de ella tienen las estructuras de los sistemas de administración de justicia es cambiante, y del mismo modo que tiene dificultades para jerarquizarse dentro del escalafón judicial (y es dejada en el ámbito de la estructura administrativa), también es considerada un vínculo valioso –el primer vínculo– entre la ciudadanía y la justicia.

Como una de las características destacables, la justicia de paz sigue conservando su particularidad de ser una “justicia impartida por un ciudadano”. No se requiere que sea abogado, aunque las leyes por lo general privilegian que lo sea cuando es posible. Por otra parte, las competencias van variando, aunque existe un consenso mínimo de que los procesos son aquellos de “menor cuantía”. Sin embargo, algo que será analizado más en profundidad, estas se van complejizando progresivamente.

Partiendo de este escenario, los modelos y organización interna de la justicia de paz son muy variables, y en gran medida dependen del perfil de juez de paz. Desde otra perspectiva, y más allá de la legislación en cada una de las provincias, sus funciones difieren dependiendo del contexto en el que actúan. No es lo mismo desempeñarse en una ciudad, que impartir su tarea en zonas rurales. Las diferencias de contexto, entonces, impactan de manera notable en la función de la justicia de paz.

Para analizar el caso argentino, y por la imposibilidad fáctica de llevar adelante un estudio pormenorizado de cada una de las provincias, se seleccionó una de las jurisdicciones provinciales: Río Negro. Esta selección estuvo basada en un criterio simple, identificar en qué provincia el desarrollo de una justicia de cercanía ha sido más pronunciada en la última década en Argentina. De esa manera, la experiencia rionegrina da luces sobre los modos de organizar una justicia, cuyo principal objetivo es dar respuestas a los ciudadanos de modo directo, sin demasiadas burocracias y con una alta cuota de legitimidad.

Por otra parte, se realizaron entrevistas en las ciudades de General Roca y Cipolletti, ambas ciudades cabeceras de las circunscripciones judiciales. La elección obedeció a la extensión territorial que no permitió llevar adelante un trabajo de campo en todas las jurisdicciones; además, en estas ciudades, localizadas en el Alto Valle, es donde se condensa la mayor cantidad poblacional.

En el caso de Río Negro, existen también –y conviven con la justicia de paz– otro tipo de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, que generan una red de respuestas que facilitan el trabajo de los operadores de justicia. La Dirección de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (Di.M.A.R.C.) tiene bajo su órbita el Centro Judicial de Mediación (Ce.Ju.Me.) y las casas de justicia. Esta dirección depende del Tribunal Superior de Justicia de la provincia, y da cuenta de la relevancia que adquiere para los máximos actores judiciales de Río Negro una gestión simple y directa de la conflictividad.

En el caso de la provincia de Río Negro, se advierte:

- Un desarrollo importante de la justicia de paz en todo su territorio, dentro de una provincia extensa y con contextos muy diversos (valle, cordillera, meseta), con cabeceras urbanas destacables (Viedma, General Roca, Bariloche, Cipolletti). Río Negro es una provincia de 203.000 km cuadrados, 638.645 habitantes, y 49 juzgados de paz distribuidos en todo su territorio.
- La justicia de paz preexiste al nacimiento del Estado provincial (1957). El primer juzgado de paz data de 1885, en la ciudad de Guardia Mitre. Sus jueces son concebidos como “pacificadores sociales”.
- Mecanismos alternativos de resolución de conflictos muy arraigados institucionalmente e implantados en la comunidad. Mediación y conciliación son una parte de las alternativas con las que cuenta el ciudadano.
- Casas de justicia ubicadas estratégicamente en lugares más alejados (Río Colorado, Ing. Jacobacci, Sierra Grande, El Bolsón, Catriel), en donde existe un conjunto de servicios de justicia a disposición del ciudadano, lo que inequívocamente mejora el acceso a la justicia.
- Coordinación informal y sobre el terreno de la justicia de paz con quienes ejecutan métodos alternativos de resolución de conflictos.

### ***Concepción / aproximación conceptual***

Así como existe heterogeneidad en el abordaje de la justicia de paz en cada una de las provincias argentinas, existe asimismo una marcada divergencia conceptual acerca de cómo debe caracterizarse la figura del juez de paz y la institución de la justicia de paz. En algunos sectores de los poderes judiciales, son considerados el último peldaño de la administración de justicia. En general, en estos casos, los

jueces de paz se sienten discriminados, no considerados ni valorados, subestimando la función que desempeñan.

Por otra parte, y como contracara, otros sectores creen que el servicio que desempeñan es central para dar una respuesta ágil a las demandas ciudadanas por justicia, la denominan justicia de cercana o justicia primaria, y destacan su potencialidad para gestionar con mayor eficacia cierto tipo de conflictividad.

Existen contemporáneamente otros acercamientos a su abordaje, que privilegian su trabajo local, y que intentan relanzar la figura del juez vecinal o juez municipal. Así, existen iniciativas que complementan la figura del juez municipal con la existencia de jurados vecinales<sup>196</sup>. El juez es profesional pero permite el ingreso de la administración de justicia al ciudadano. No obstante estas discusiones, y las particularidades que deben asumir en cada una de las jurisdicciones, la discusión que atraviesa hasta el presente la justicia de paz tiene que ver, entre otras cosas que serán señaladas más adelante, con la formación del juez de paz. La dicotomía profesionales vs. legos atraviesa los debates; la tendencia contemporánea es preferir, de ser posible, abogados para que cumplan la función.

En Río Negro se llevaron adelante discusiones internas entre los jueces de paz en ejercicio. En el trabajo presentado en el último Encuentro de Jueces de Paz y Faltas<sup>197</sup>, los jueces de paz de Río Negro se autoconceptualizan del siguiente modo:

“... Con todo esto queremos significar que la justicia de paz, si bien es considerada un organismo jurisdiccional (por lo menos en la provincia de Río Negro) su accionar cumple funciones preventivas, es decir, anteriores a que la violencia se exteriorice, a través de la participación en las redes de prevención y contención de la violencia familiar, y de esta manera, no ser la última ratio, sino velar por un tratamiento integral en la prevención, sanción y erradicación de la violencia en el ámbito de las relaciones familiares, a través de la educación, capacitación, charlas orientativas, destinadas a eliminar los prejuicios, costumbres y prácticas basadas en patrones de dominación o en los roles es-

<sup>196</sup> Ver proyecto de Código de justicia municipal, para el Municipio del Partido de General Pueyrredón, junio de 2015.

<sup>197</sup> Trabajo presentado III Encuentro Nacional y I Jornada Internacional de la Justicia de Paz y Faltas realizado en la ciudad de Tucumán en septiembre de 2016, Comisión N° 3, “ACCESO A JUSTICIA EN CUESTIONES DE FAMILIA EN JUZGADO DE PAZ”.

tereotipados de mujeres y varones que legitimen o provoquen situaciones de discriminación y violencia en el ámbito de las relaciones familiares. El cambio de paradigma que se propone es que la justicia se acerque cada vez más al ciudadano y no el ciudadano a la justicia. Es decir, que no sea el ciudadano el que tenga que encontrar los medios para canalizar y resolver sus conflictos familiares, sino que sea la justicia de paz la que acerque al ciudadano los medios adecuados para tratar íntegramente los conflictos familiares.

La Ley de Organización del Poder Judicial (Ley N° 2430/04) en Río Negro establece:

*Art. 60: Requisitos. Para ser Juez de Paz se requiere:*

- a) *Ser argentino, nativo o naturalizado, con no menos de cinco (5) años de ejercicio de la ciudadanía.*
- b) *Ser mayor de edad.*
- c) *Tener como mínimo aprobado el ciclo secundario<sup>198</sup>. El Superior Tribunal de Justicia establecerá sistemas de evaluación para los ternados a Juez de Paz titular o suplente.*
- d) *Ser persona de probados antecedentes honorables.*

De las entrevistas realizadas, se pueden inferir las siguientes consideraciones:

- A medida que se incrementan las competencias de la justicia de paz, es deseable que se requiera de un juez profesional.
- Debido a las diferencias de perfiles entre jueces que se desempeñan en zonas urbanas y aquellos que llevan adelante su tarea en zonas rurales, la no exigencia del título puede sostenerse en los jueces de paz rural.
- Ciertamente, la legitimidad con el que cuenta un juez de paz en una comunidad pequeña es diferente a aquella que se desempeña en las ciudades cabeceras, en donde son menos conocidos.

Este debate alrededor de cuáles deben ser los requisitos para ser juez de paz se encuentra amarrado a otra discusión central. Si se quiere jerarquizar la justicia de paz, se debe garantizar la calidad de la justicia que administran. En ese sentido, el juez técnico / letrado / profesional aseguraría la “bondad” de los servicios de justicia ofrecidos, cosa que no podría garantizar un juez no técnico.

---

<sup>198</sup> El subrayado es mío.

Esta suerte de dicotomía merece una reflexión adicional. Así como los jueces técnicos no aseguran que su respuesta al ciudadano tendrá la calidad deseada, tampoco los jueces legos dan necesariamente una respuesta por debajo de las expectativas generadas. En este estudio específico, las opiniones son coincidentes sobre este punto: la calidad del tipo de justicia que se administra puede sostenerse, más allá que aquel que la imparte sea un abogado o no lo sea. De todos modos, también es cierto que si las competencias de estos jueces se van complejizando, no será fácil mantener su calidad de legos, no técnicos, dado que requieren de habilidades específicas o un tipo de formación de la que carecen los jueces no profesionales.

Por otra parte, como ha sido ya destacado, la existencia de un desarrollo relevante de los mecanismos alternativos de resolución de justicia, tales como mediación (judicial y extrajudicial) y conciliación laboral, a la par de los servicios de justicia que ofrecen las casas de justicia (negociación, facilitación, mediación, conciliación, arbitraje), genera una sinergia con los jueces de paz que en definitiva beneficia a los usuarios.

De las entrevistas realizadas surge que las casas de justicia representan al juez de paz, en el entendido que la dinámica que pueda darse entre el juez de paz y la/el coordinador/a de la casa de justicia contribuye a darle integridad al tratamiento del conflicto que se presenta.

### **Competencia**

En la provincia de Río Negro, la justicia de paz está contemplada en la Constitución provincial, y en la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 2.340.

Dice la Constitución:

**Art. 214.** *En los municipios y comunas se organizan Juzgados de Paz para la solución de cuestiones menores o vecinales, contravenciones y faltas provinciales que sustancian con procedimiento verbal, sumarísimo, gratuito y de características arbitrales.*

*Hasta tanto los municipios y comunas no instrumenten órganos específicos, los jueces de paz conocen también en materia de contravenciones o faltas comunales.*

*La ley determina las calidades requeridas para el nombramiento de los jueces de paz así como el sistema de designaciones y destituciones, superintendencia y régimen disciplinario.*

La justicia de paz en Río Negro depende del Tribunal Superior de Justicia. Es el Inspector de justicia de paz el encargado de supervisar su funcionamiento de los 49 juzgados distribuidos en toda su extensión territorial.

En cuanto a la Ley orgánica, y en relación a la competencia de los jueces de paz, esta establece:

Art. 63: Enunciación. Los Jueces de Paz conocerán y resolverán todas aquellas cuestiones menores o vecinales, contravenciones y faltas provinciales. Hasta tanto los municipios y comunas no instrumenten órganos específicos, conocerán también en materia de contravenciones o faltas comunales.

Se incluye entre dichas cuestiones, hasta el monto que anualmente fije el Superior Tribunal de Justicia, a las siguientes:

- a) Las acciones de menor cuantía.
- b) Las ejecuciones fiscales promovidas por los Municipios y Comunas.
- c) Las acciones de los arts. 88 y 97 de la Constitución Provincial.
- d) Las audiencias del art. 1 de la Ley Provincial P N° 3554.
- e) Acciones individuales sobre derechos del usuario y el consumidor, con el conocimiento y resolución de:

**e.1.** Las acciones deducidas en virtud de los conflictos contemplados en la Ley Nacional 24.240 y Leyes Provinciales D N° 2817 y D N° 2307 y demás que rijan la materia, promovidas en forma individual por usuarios y consumidores, por el Ministerio Público o por la Autoridad de Aplicación en la Provincia.

**e.2.** Los recursos contra multas aplicadas en sede administrativa municipal o provincial hasta el monto de conocimiento en acciones de menor cuantía establecido según el apartado II del presente art.

**e.3.** Quedan excluidas:

**e.3.1.** Las acciones promovidas por las asociaciones de defensa de usuarios y consumidores y las demás regladas específicamente por la Ley Provincial B N° 2779.

**e.3.2.** Aquellas acciones que sean de la competencia de los Entes Reguladores de Servicios Públicos Privatizados.

De todos modos estas competencias han ido transformándose. No debe olvidarse que la justicia de paz depende orgánicamente del Tribunal Superior de Justicia, y que este puede –a través de una reso-



lución– modificar su competencia. Por otra parte, en el caso de la Ley provincial N° 3040 sobre violencia familiar, se atribuye expresamente competencia a los jueces de paz<sup>199</sup>.

En definitiva, en la provincia de Río Negro, los jueces de paz son competentes para entender en:

- Faltas.
- Violencia familiar.
- Juicios de menor cuantía (innumerables juicios ejecutivos llegan a los juzgados de paz).
- Funciones electorales.
- Certificaciones de firmas.
- Informaciones sumarias.
- Defensor del consumidor de menor cuantía.

<sup>199</sup> ARTÍCULO 10°: Toda persona que sufre daño psíquico o físico, maltrato o abuso por parte de algún integrante del grupo familiar conviviente, podrá denunciar estos hechos ante el Juez en lo Civil o el Juzgado de Paz más cercano a su lugar de residencia.

ARTÍCULO 13°: Cuando la denuncia se hubiere efectuado ante un Juzgado de Paz, este deberá recepcionarla elevando las actuaciones a la Cámara en lo Civil, Comercial y de Minería de su jurisdicción para que desvincule el Juzgado que intervendrá. Cuando la gravedad del hecho así lo aconsejare, y hubiere situación de riesgo para la vida o la salud de las personas, el Juez de Paz interviniente podrá adoptar las medidas cautelares previstas en el artículo 23, con conocimiento al Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minería que por turno corresponda. Si en la denuncia se hubieren solicitado medidas cautelares y acreditado la urgencia de las mismas, el Juzgado de Paz interviniente podrá hacer lugar a las mismas, previa consulta oficiosa al Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minería de turno.

ARTÍCULO 23°: El Juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares conexas con la situación denunciada, sin perjuicio de lo normado en la ley provincial N° 2550, para el supuesto de que los hechos fuesen investigados en el ámbito penal: a) Ordenar la separación del grupo familiar conviviente, de aquella persona que el Juez considere conveniente, si halla que la continuación de la convivencia significa un riesgo para la integridad física o psíquica de alguno de sus integrantes. b) Con el objeto de evitar la repetición de actos de violencia, el Juez podrá prohibir el acceso del denunciado, tanto al domicilio de quien fue la víctima de los hechos puestos en su conocimiento, como a su lugar de trabajo o estudio. Podrá igualmente prohibir que el denunciado realice actos molestos o perturbadores a alguno de los integrantes del grupo conviviente. c) Decidir el reintegro al domicilio a petición de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal, separando en tal caso de dicha vivienda al supuesto agresor. d) En caso de que la víctima fuera un niño, adolescente, anciano o persona discapacitada, se otorgará la guarda protectora provisoria a quien considere idóneo para tal función, si esta medida fuese necesaria para la seguridad psicofísica de los mencionados. Asimismo el Juez tomará los recaudos necesarios para preservar la salud e integridad psicofísica de niños, adolescentes, ancianos o discapacitados. e) Decretar las medidas provisionales relativas a alimentos, tenencia y régimen de visitas que resulten procedentes o adecuadas a las circunstancias del caso y sin perjuicio del posterior tratamiento por la vía ordinaria. f) Establecer la duración de las medidas precedentes, luego del estudio y evaluación de los antecedentes de la causa.

De aquí se infiere que el trabajo de los jueces de paz es muy diverso, y que el volumen de trabajo en ciudades de concentración poblacional puede ser relevante. Esto reaviva una discusión siempre presente en la justicia de paz, si dichos juzgados son una puerta para mejorar el acceso a la justicia, o si por el contrario, su principal finalidad es descongestionar el sistema de administración de justicia.

Por otra parte, tampoco existe acuerdo acerca de cuáles deberían ser las competencias del juez de paz. Principalmente, y como resultado de las entrevistas realizadas, existen algunos (pocos) cuestionamientos alrededor de su rol en conflictos que involucra violencia familiar; no obstante, y como un debate que abarca el resto de las discusiones, es relevante establecer cuáles son los objetivos de la justicia de paz, instalar definitivamente el reconocimiento de los jueces de paz como tales, y reflexionar sobre los conocimientos que deben adquirir para desempeñar adecuadamente su función.

### ***Cómo se llega a acceder al cargo de juez de paz***

El cargo de juez de paz está íntimamente vinculado a la comunidad en la que desempeñará su función. De esa manera, la propuesta de los órganos representativos de la ciudad (el Concejo Deliberante de los municipios), con participación del Poder Ejecutivo (el intendente) tiene su razón de ser, no obstante la última palabra la tiene el Superior Tribunal de Justicia de la provincia. La ley así lo establece:

Art. 61: Designación. Residencia. Superintendencia.

Los Jueces de Paz serán designados por el Superior Tribunal de Justicia, mediante propuestas en terna de los Concejos Deliberantes de los municipios respectivos y del Poder Ejecutivo donde no existan aquellos. Las mismas deberán ser confeccionadas por orden alfabético. Cada uno de los Juzgados de Paz creados contará con un Juez suplente ad-honórem, salvo el tiempo que estuviere a cargo del Juzgado.

Para la designación correspondiente, los interesados deberán reunir las mismas condiciones exigidas para los titulares, y se efectuará mediante el mismo procedimiento.

Los Jueces de Paz residirán en la localidad sede de su Juzgado, de la que no podrán ausentarse sin previa autorización del Superior Tribunal de Justicia, órgano que ejercerá su superintendencia (art. 206, inciso 2) de la Constitución Provincial).

De todos modos, si bien la participación popular (o la de sus representantes) es un rasgo común de la selección de los jueces de paz,

no puede evitarse cierta “politización” en su nombramiento, lo que no contribuye a la construcción de su legitimidad. En Río Negro, más allá que este elemento está presente, no existen demasiados cuestionamientos sobre el modo de selección, aunque siempre está presente que en las ternas propuestas existe una suerte de “distribución” de los cargos entre las fuerzas políticas predominantes.

En las ciudades o municipios más pequeños, existe un mayor “control social” frente a los candidatos y quienes finalmente son seleccionados. Ciertamente, la historia de la justicia de paz surge en la necesidad de dar respuestas a aquellos que en pequeñas localidades no tienen posibilidades de acceder a la justicia (ya sea por la lejanía a centros más poblados, por carencia de recursos económicos, etc.). La figura del juez de paz adquiere una relevancia, legitimidad y centralidad que se basan precisamente en los consensos ciudadanos.

### ***Organización de los juzgados de paz***

Merece la pena prestarle especial atención a la organización de los juzgados de paz. Indudablemente, el modelo organizacional va adaptándose al volumen de trabajo traducido en las estadísticas que se manejan. Por ello, y principalmente en las cabeceras de las jurisdicciones, se pudo apreciar que estos están organizados como juzgados de primera instancia.

Los juzgados cuentan con secretarios letrados<sup>200</sup>, y específicamente estos juzgados instalados en ciudades importantes son letrados, sus titulares cuentan con el título de abogado. Tal como surgió de una de las entrevistas realizadas, “los juzgados de paz son mini-juzgados, que se conforman como un reflejo organizacional del juzgado de primera instancia”. Desde esa apreciación, los jueces son “multi jueces”, con un conjunto de atribuciones, y estos requieren que sus juzgados presenten una organización interna similar a los juzgados de primera instancia, porque llevan adelante una tarea que insume un conjunto de responsabilidades y que manejan un número importante de conflictos y demandas ciudadanas.

En las ciudades más pequeñas, el planteo y los requerimientos son otros. Es posible que el volumen de trabajo (más escaso que en ciu-

---

<sup>200</sup> En el juzgado de paz de General Roca, el secretario letrado es juez de paz suplente y, en los hechos, ejerce junto con la titular las tareas de juez de paz. Su trabajo es central para las tareas que se desarrollan.

dades más grandes), la complejidad (no tan pronunciada), y las características del conflicto hagan innecesaria una organización similar a la organización del resto de los juzgados. La presencia de un juez lego, con destacable legitimidad en su comunidad y con cercanía a la gente, con una carga de trabajo razonable, no vuelve necesario el crecimiento de la estructura interna, y con esto los peligros que entraña –otra vez– gestar burocracias organizacionales.

En definitiva, es entendible dotar de mayores recursos a los juzgados de paz con mayor carga laboral. Sin embargo, replicar la organización de los juzgados ordinarios distorsiona la figura, tal como ha sido concebida en sus orígenes. La idea de un juzgado de paz cuyo titular sea un individuo medio, sin necesidad de ser abogado, decidiendo “en equidad”, uno de cuyos valores centrales es la cercanía a la gente, forma parte de un conjunto de características que se va perdiendo con el incremento de competencias, sus complejidades, y los requerimientos de la tarea.

Sin lugar a dudas, el juez de paz debe contar con un carácter particular, y su profesionalización puede llegar a desperfilarlo. Por otra parte, afirmaciones estas que surgieron de las entrevistas realizadas, se sostiene que es necesario que los jueces de paz sean preferentemente abogados, por las cuestiones que tienen que resolver, pero que eso no significa que no deba ser un abogado con un perfil particular, especial, que debe tener empatía con la gente.

En definitiva, cuando las competencias se suman, y las tareas se vuelven más complejas, es ineludible que los juzgados de paz cuenten con mayores recursos, que se prefiera un perfil técnico para el juez de paz, y que la organización interna de los juzgados se incline por replicar la organización de aquellos de primera instancia.

Sin embargo, no debe olvidarse que la figura de los jueces de paz se destaca por su inmediatez con los miembros de la comunidad a quienes sirven. Convertir a los jueces de paz en “hermanos menores” de los jueces de primera instancia puede descongestionar los despachos, pero no contribuirá a mejorar el acceso a la justicia.

### ***Control Disciplinario, Límites***

En la ley de organización judicial ya citada se encuentra la regulación sobre el control disciplinario. El segundo párrafo del art. 62 señala:

Podrán ser sancionados por el Superior Tribunal de Justicia y removidos o destituidos por el Consejo de la Magistratura, conforme art. 206 inciso 7) de la Constitución Provincial previo sumario, cuando mediare alguna de las causales previstas por el art. 199, incisos 1) y 2) de la Constitución Provincial para magistrados y funcionarios judiciales, en tanto sea pertinente.

En cuanto a los límites, el mismo art. 62 ya citado por el tema competencias, en su segundo párrafo, se refiere a los límites de su competencia:

Su intervención en aquellas cuestiones menores se limitará a los asuntos donde el valor cuestionado no exceda el monto que anualmente establezca el Superior Tribunal de Justicia, con exclusión de juicios universales, de familia, laborales, de desalojo, acciones posesorias y petitorias, y de todo otro tipo de juicios especiales. En el supuesto de demandas reconventionales, conocerá siempre que su valor no exceda de su competencia.

De las entrevistas realizadas, no surgió ninguna opinión sobre la existencia de alguna disputa interna por el tema de las competencias y los límites, ni tampoco se manifestó algún uso abusivo o arbitrario de la función o en las decisiones a las que se arriba, como lo fue en los otros casos analizados. Vale la pena señalar que en todos ellos, la existencia de un sistema de control y sanción, junto con límites a sus intervenciones, forman parte de la construcción de los modelos de justicia de paz en América Latina.

### ***Trabajo interdisciplinario e interinstitucional en red***

En la justicia de paz en Río Negro, una de sus particularidades más destacables es su fuerte trabajo en red. Este trabajo en red no solo se manifiesta en la práctica, alrededor de cada uno de los casos, sino que también es algo sobre lo que se reflexiona y discute internamente: cómo garantizar que se plasme adecuadamente en la realidad (con comisarías, servicios de salud, asistencia social, geriátricos, casas de justicia, escuelas, etc.).

En el trabajo ya citado, presentado al encuentro de jueces de paz, ilustrando la experiencia de la red con su puesta en práctica en la ciudad de Sierra Grande, una localidad de Río Negro que cuenta con aproximadamente 15.000 habitantes, se relata:

En la red discutimos y construimos mecanismos, protocolos de trabajo para actuar en situaciones urgentes, y de qué manera cada representante de Institución se involucra y compromete en esos casos urgentes. El primer protocolo consensuado por la Red y que se aplica a todos las situaciones urgentes, se refiere a hechos de violencia intrafamiliar. El objetivo primordial es respetar dicho protocolo con la única finalidad de brindar respuesta rápida al caso planteado, además de que los operadores institucionales cuentan con apoyo rápido y concatenado para dar respuesta eficiente a la situación urgente.

Una de las fortalezas más notables de la experiencia de justicia de paz en Río Negro es precisamente su articulación con otros sectores de la comunidad, en un esfuerzo interdisciplinario –algo nada fácil por cierto– por abordar un problema, un conflicto, la vulneración de un derecho de una manera integral.

Los jueces de paz, esta justicia llamada de proximidad o primaria, han generado una forma de trabajo que impacta por ser una concepción que privilegia el abordaje de la demanda en todos sus estadios, en un marco mucho más amplio que el que puede gestarse al calor de una decisión judicial. Tomando como ejemplo el tratamiento de la violencia familiar, los mismos jueces de paz afirman:

“... En el marco de la Ley Provincial de Protección Integral de la Violencia en las Relaciones Familiares (Ley D 3040 y su reglamentación), se conforman las Redes de Prevención de la Violencia con el propósito de la necesaria articulación de los Sistemas de Salud, Justicia, Seguridad y Desarrollo Social con los objetivos acordes a las políticas públicas adecuadas a una temática de peligrosidad, urgencia y riesgo. Lo que implica la responsabilidad ante la toma de decisiones, compromiso que requiere de una respuesta en el marco institucional como expresión de un proceso que promueve la cultura del cuidado como modelo posible de interacción social”.

Las redes interinstitucionales son un soporte fundamental para el trabajo de los jueces de paz. Se cuenta, entonces, con mecanismos que permiten agilizar las respuestas, maximizar su efectividad, y abrir genuinamente las puertas del acceso a la justicia al ciudadano. El trabajo en red es una construcción permanente, y también refleja una concepción determinada de cómo debe ser entendido un conflicto y cuál es el mejor abordaje posible.

“... Mediante el trabajo en Red, se acelera la resolución judicial en casos urgentes, la intención es que desde la justicia no se pongan obstáculos para el acceso, y que la persona obtenga respuesta inmediata a sus necesidades. La principal finalidad y compromiso asumido por la Red es agilizar el acceso a justicia. Se concluye que el trabajo en Red facilita la comunicación entre los diferentes organismos del Estado, con el fin de acelerar resoluciones y conflictos de urgencia, para disminuir el impacto en las situaciones de riesgo y salvaguardar la vida de las personas, siendo de resultado positivo las estadísticas locales en este tema”<sup>201</sup>.

Es así que se vuelve central para el ejercicio de la función entender cuál debe ser el soporte teórico, ideológico y metodológico sobre los que debe recostarse la labor desempeñada por los jueces de paz. En Río Negro se sostiene que la respuesta judicial es solo una parte del tratamiento del problema, y que necesariamente debe contarse con la presencia de otras instituciones, y otros sectores sociales, que puedan coadyuvar para ofrecer una solución integral a la demanda ciudadana.

### ***Conclusiones preliminares***

- La justicia de paz en Río Negro históricamente tiene un amplio desarrollo. Sus 49 jueces de paz están distribuidos territorialmente, y su perfil es muy heterogéneo, dependiendo del lugar en donde ejercen su función.
- La provincia también cuenta con un sistema de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (mediación judicial obligatoria, casas de justicia) que articula y coordina con la justicia de paz, principalmente en localidades más pequeñas, en donde incluso comparten espacio físico con las casas de justicia.
- En la provincia existen tanto jueces de paz legos como jueces de paz profesionales. Dado el aumento de competencia y sus complejidades, existe la tendencia a preferir a los abogados en los procesos de selección.
- La organización interna de los juzgados también es muy variable. En las ciudades cabeceras tienden a ser reflejos de los juzgados de primera instancia, no así en los lugares más pequeños, que son mucho más desformalizados y su trabajo es carente de solemnidades, lo que no ocurre en los juzgados mencionados en primer término.

<sup>201</sup> Extraído del trabajo presentado en el Encuentro de Jueces de Paz. *Op. cit.*

- Existe una demanda, en los jueces entrevistados, de ser reconocidos como genuinos jueces por parte del resto de los operadores de justicia. Así, ser incorporados al escalafón judicial, y no ser relegados al ámbito administrativo.
- Actualmente, sumar dentro de sus competencias cuestiones atinentes a violencia familiar no solo ha aumentado su carga de trabajo, sino que le presenta a la jurisdicción un conjunto de desafíos.
- La capacitación es constante, y por lo general, es muy bien recibida por los jueces de paz, que advierten la necesidad de sumar nuevas herramientas.
- Uno de los aspectos a destacar que ha transformado la dinámica de los juzgados de paz, sumando nuevas posibilidades, es el uso de internet y Skype en todos los juzgados. Principalmente en los parajes alejados a las grandes ciudades, poder estar en contacto con colegas, realizar consultas en tiempo real, organizar entrevistas para personas de la comunidad con defensores, ha significado un salto de calidad en su trabajo cotidiano.

## V. DISTINCIONES ENTRE ALGUNOS DISPOSITIVOS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA JUSTICIA DE PAZ

Existen diferentes mecanismos que se utilizan para gestionar la conflictividad. Si bien sus fines pueden ser los mismos: acercar a las partes, dar respuestas a las demandas ciudadanas, alcanzar la paz social; estos no deben confundirse. Las distinciones más sobresalientes son:

- **Inserción institucional.** La justicia de paz está inserta en el Poder Judicial (aunque sus recursos puedan provenir de otras áreas), no así otros mecanismos que dependen del Poder Ejecutivo, ya sea a nivel nacional o local.
- **Metodología de trabajo.** Si bien la justicia de paz utiliza la conciliación como un mecanismo privilegiado, y resuelve “en equidad”, si las partes no llegan a un acuerdo, –dado que es una autoridad jurisdiccional– formula una sentencia.
- **Modos de selección.** Los jueces de paz pueden ser seleccionados por el Poder Judicial o son elegidos por votación popular. En otros dispositivos los funcionarios son elegidos directamente por aquellos de quienes dependen.

En la práctica, muchas veces estos dispositivos pueden solaparse (dos cargos en la cabeza de la misma persona, como el caso de un ronde-



ro en Perú –autoridad indígena– que también puede desempeñar las funciones de juez de paz), compartir espacio físico (el juez de paz que tiene su oficina en la casa de justicia), desempeñar roles muy parecidos (el juez de paz y el mediador en una casa de justicia), y tener diferentes cuotas de legitimidad (jueces de paz elegidos por voto popular o Juntas de Acción Popular en Colombia que están bajo la órbita del Poder Ejecutivo).

No es sencillo discernir sobre jurisdicciones y competencias cuando existen casos en que se comparten ambas, configurando ejemplos típicos de situaciones en donde la oferta de justicia se construye sin obedecer a la demanda. No obstante las dificultades para formular diferencias nítidas, a continuación se señalarán aquellas que permiten visualizar modos heterogéneos de lidiar con la conflictividad.

### **Justicia indígena**

Las comunidades indígenas poseen su propia institucionalidad, dentro de esta administran justicia. En otras palabras, tienen sus propios sistemas de autoridades, sus procedimientos y sus sistemas de castigo. Partiendo de esta realidad, el debate siempre gira alrededor de cómo articular diferentes sistemas de administración de justicia que coexisten en un mismo espacio geopolítico.

Si este aspecto es difícil de concretar, lo es mucho más aun cuando en algunos casos la autoridad indígena es simultáneamente juez de paz. Sobre todo si el juez de paz es la autoridad más cercana a la comunidad, y en regiones con alta presencia indígena, los sistemas de administración de justicia no solo conviven sino que, muchas veces, se entrecruzan, provocando lo que algunos autores (Boaventura de Sousa Santos, 2012) llaman “híbridos legales”.

Sin embargo, a pesar de los notables avances normativos en el reconocimiento de la administración de justicia indígena tanto a nivel internacional (Convenio 169 de la OIT, Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas, Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos indígenas) como a nivel constitucional, al carecer la mayoría de países de una ley de coordinación de la jurisdicción indígena con los sistemas judiciales nacionales<sup>202</sup> (y con la justicia de paz, el eslabón más cercano al ciu-

<sup>202</sup> Existe una ley de este tipo en Bolivia, la única en América Latina, pero su contenido es regresivo y se debate sobre la conveniencia de su derogación.

dadano), los mecanismos de articulación se vuelven imprecisos, y en la mayoría de los casos la justicia ordinaria –y sus actores– desconoce las decisiones a las que llegan las autoridades indígenas.

La justicia de paz debe articularse entonces, en países con fuerte presencia indígena, con la justicia indígena. Esto obliga a una delimitación de sus ámbitos de competencia, precisamente para evitar confusiones (la justicia de paz es parte de la justicia ordinaria, aunque utilice también mecanismos propios de la justicia indígena, como lo es la “justicia en equidad”). La necesidad de articulación y/o coordinación también obedece a que la justicia indígena no quede subordinada equivocadamente a la justicia de paz.

### **Justicia municipal, Juntas de Acción Comunal, Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras**

La gestión local ocupa cada vez más espacio en los escenarios políticos y en la reflexión jurídica y sociológica. En sociedades complejas como las nuestras, la necesidad de descentralizar los diferentes mecanismos de administración de lo público ha jerarquizado las dimensiones más pequeñas, y ha colocado a los municipios en el centro del debate, dotándolos de un protagonismo que no tuvo en el siglo pasado.

Por ello, los municipios están llamados a organizar sistemas de respuestas al ciudadano que tengan como eje una gestión de la conflictividad eficiente, protectora de derechos, sin costos, y con una alta cuota de legitimidad. La justicia municipal, entonces, se vuelve una alternativa interesante para cumplir con estos requisitos. Sin embargo, y tal como ha sido señalado, también corre el riesgo de distorsionarse volviéndose una copia del resto de juzgados que conforman la administración de justicia, algo que debe ser advertido y evitado en cualquier construcción de la justicia municipal.

Eventualmente, los jueces de paz pueden ser también jueces municipales. De todos modos, esta justicia “local” se encuentra en proceso de construcción y atravesando un tiempo de transición. Los municipios deben organizar su propio sistema de administración de justicia, lo que no se alcanza en el corto plazo. No obstante, y como ejercicio del poder local, el servicio de justicia debería responder a las prioridades del municipio<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> Por ejemplo, el proyecto de Código de justicia municipal, para el Municipio del Partido de General Pueyrredón, provincia de Buenos Aires, República Argentina, junio de 2015.

En países como Colombia, coexisten con la justicia de paz las Juntas de Acción Comunal y los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, que dan respuestas a determinados conflictos utilizando tanto la mediación como la conciliación, pero carecen de la facultad de emitir una sentencia.

### **Casas de justicia**

En términos generales, las casas de justicia son servicios multipuertas, en donde en un mismo espacio se “ofrece” una diversidad de modos de gestionar los conflictos. Algunos autores distinguen, al menos, tres modelos de casas de justicia:

“... Al inicio de este estudio presentamos tres modelos posibles de casas de justicia, según el tipo de objetivos que persiguen: la descongestión (eficientista), la reducción de la conflictividad (comunitarista) y el fortalecimiento de las instituciones locales (de consolidación)<sup>204</sup>”.

Más allá de la organización interna y del modelo al que respondan, lo relevante para este estudio tiene que ver con la relación que se establece entre diferentes instancias estatales y comunitarias con los jueces de paz. Las casas de justicia reúnen en su espacio físico –no siempre, pero puede suceder así– un conjunto de servicios, entre ellos a los jueces de paz. Si bien se ofrecen, entre otros mecanismos, conciliación o mediación (que también puede ser mediación judicial), los jueces de paz también utilizan como herramienta estas formas de resolución. La diferencia más notable es la función jurisdiccional de los jueces de paz, quienes también resuelven “en equidad” a través de una sentencia.

La confusión que puede producirse es evidente. Los usuarios pueden no estar al tanto de estas diferencias –algo que tampoco está muy claro para los estudiosos del tema– y las delimitaciones entre servicios pueden no estar tan claras. No obstante, y para la organización interna, las casas de justicia configuran un nuevo modelo para la justicia de paz, dado que su propia estructura impacta en la de ellos, y sin lugar a dudas reconfigura todo el escenario de la justicia de cercanía. Esto último pudo apreciarse en el estudio llevado adelante en la pro-

---

<sup>204</sup> GARCÍA VILLEGAS, M., y OTROS. *Casas de justicia: una idea mal administrada*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De Justicia, Bogotá, Colombia, septiembre de 2015.

vincia de Río Negro, Argentina, donde pudo constatarse las bondades de la coexistencia de la justicia de paz con las casas de justicia.

La justicia de paz y las casas de justicia, a la mejor luz, generan una sinergia que potencia las respuestas que se brindan a los ciudadanos que acuden en búsqueda de ayuda. Sin embargo, debe advertirse que si no es gestionada adecuadamente puede provocar confusiones y solapamientos.

En otras palabras, la justicia vecinal o municipal, las casas de justicia, y la justicia indígena; comparten algunos aspectos con la justicia de paz (cercanía, inmediatez, celeridad, desformalización), pero no pueden ser confundidas con la justicia de paz. En este punto, debe quedar abierto el debate acerca de cómo articular modos diferenciados de administrar la justicia.

## **VI. LA JUSTICIA DE PAZ<sup>205</sup> Y EL CAMBIO DE LA JUSTICIA CIVIL**

Los procesos de reforma a la justicia civil en América Latina tienen múltiples objetivos, entre ellos, nuevas estructuras procesales para garantizar un conjunto de derechos, profundizar el acceso a la justicia, prestar atención a los procesos colectivos, y transformar la organización judicial para que pueda adaptarse a los cambios propuestos. Sin embargo, en lo que atañe a este estudio, debe prestarse especial atención a un sistema de justicia que incorpore y articule la justicia de paz con el resto de las reformas, principalmente enfocado en el impacto que puede tener su accionar en zonas rurales.

La justicia de paz coordinada con otros cambios –como lo es la oralización de todo el sistema, la organización de audiencias, la desjudicialización de algunos temas y una racionalización de toda la estructura y recursos humanos existentes– debería impulsar una mayor eficiencia del sistema y un aumento en su capacidad de dar respuestas. Las discusiones transitan entonces por los temas sobre los que debe entender, los alcances de sus facultades conciliatorias, las formas que debe adoptar si el juez de paz se encuentra en la zona rural.

---

<sup>205</sup> En la justicia civil, la justicia de paz también es llamada justicia “de pequeñas causas”. Sin embargo algunos autores (Guerra Cerrón, María Elena) prefieren utilizar la denominación “justicia de menor cuantía” por deferencia a aquellos usuarios para quienes sus conflictos no son percibidos como “pequeños”. Ver nota a pie N° 176.

**Materias sobre las que podría entender (derecho del consumidor, cuestiones notariales, familia, materia vecinal, patrimoniales de baja cuantía, juicios ejecutivos)**

Los jueces de paz, por lo general, están abocados a resolver los conflictos de menor cuantía. Esta varía de acuerdo a la jurisdicción de que se trate (por país, o por provincias, según sea el caso). Por otra parte, también depende de su formación, si son jueces de paz letrados resuelven conflictos que se encuentran vedados para aquellos que no lo son (dependiendo de la complejidad de dichos conflictos).

Del estudio realizado, el abanico de asuntos en los que entiende la justicia de paz es amplio, y abarca desde cuestiones penales, laborales, civiles y comerciales. Enfocándonos en la justicia civil y comercial, los jueces de paz entienden –más allá de la cuantía– en cuestiones relativas a materia familiar (en el caso de la provincia de Río Negro pueden ser la primera puerta de entrada a cuestiones relativas a violencia familiar), llevan adelante juicios ejecutivos que representan –cuantitativamente– un volumen importante de causas, y también asuntos vinculados con defensa del consumidor. Cuestiones contractuales, cobro de deudas, daños y perjuicios.

En Perú resuelven ampliamente, pero los jueces de paz letrados en zonas urbanas son los que tienen mayores competencias. En Colombia, y más allá de la competencia asignada ya señalada, entienden en algunos asuntos de materia familiar, pero también llevan adelante las funciones de conciliación en, por ejemplo, litigios vecinales.

Por otra parte, también desempeñan funciones notariales (Río Negro), lo que la convierte –desde la mirada de las transformaciones en la justicia civil– en una instancia privilegiada, dado que tienen la facultad de gestionar conflictos muy sensibles para el día a día. En Perú, existen marcadas diferencias, ya sea que se trate de justicia de paz letrada, o justicia de paz lega, ubicada en las zonas rurales.

Sin embargo, las competencias deben ser discutidas en función del contexto, del volumen de trabajo y del tamaño de los juzgados. En Río Negro, por ejemplo, los juicios ejecutivos representan un gran volumen de causas que exigen a los juzgados localizados en las capitales departamentales una gran porción de su tiempo.

Esto nos lleva a otra discusión medular en la judicatura de paz: si es conveniente la existencia de juzgados de paz con titulares letrados, o si por el contrario estos requieren, conceptualmente, un titular no abogado (juzgados legos). De esta definición inicial dependerá el tipo y la estructura organizacional de los juzgados.

En las zonas rurales, si se privilegia el acceso a la justicia, es obvio que flexibilizar las condiciones exigidas para ser juez de paz –o lo que es lo mismo, no condicionar la función al título de abogado– se impone. Es así que la justicia lega se extiende a estos parajes. Sin embargo, esto trae otros problemas, como lo son la organización de los juzgados.

### **Disposiciones procedimentales relativas a su organización**

Con estas premisas, lo que se advierte es que los juzgados profesionales rápidamente replican la estructura organizacional del resto de los juzgados (por ejemplo, juzgados de primera instancia), a medida que crecen y se complejizan, las competencias requieren de mayores recursos humanos, y las funciones (tales como secretarios letrados, jefes de despacho, etc.), clásicas de los juzgados se van sumando a la estructura inicial<sup>206</sup>.

La estructura y organización deben acompañar el volumen de trabajo del juzgado. A mayor volumen de trabajo, casos con mayores requerimientos técnicos, imprime un perfil de juez de paz y una forma determinada de organización. Construir juzgados reflejos de los ya existentes es una tendencia razonable, en el entendido que es lo que “ya se conoce”, “ya funciona” (mejor o peor), y los cargos son familiares para el escalafón y para toda la burocracia interna de los poderes judiciales.

Por otra parte, los juzgados legos por lo general son unipersonales (no solo pensando en un solo titular, sino que en el juzgado se encuentra el juez y no necesariamente más personal). Se asientan en localidades más pequeñas, con una organización interna sencilla, poco burocráticos, alejados de la ortodoxia estructural del resto de los juzgados.

La idea primigenia de la justicia de paz es que esta es administrada por un vecino, alguien con legitimidad para dar respuestas, resolver

---

<sup>206</sup> Es el caso, por ejemplo, de los juzgados de paz en Río Negro analizados.

conflictos, solucionar problemas. Alguien con autoridad e inserción en la comunidad en la que vive, y que precisamente no requiere de lo que otros juzgados, técnicos y de mayor complejidad demandan para su funcionamiento.

Se debe transitar un delicado equilibrio entre dotarlos de recursos y no permitir que se transforme en una instancia formal y burocrática. En Perú, por ejemplo, se observó que los jueces de paz muchas veces tienen que afrontar con sus propios recursos algunos gastos que demanda su accionar; dado que no forman parte de la carrera judicial (los no letrados, que desarrollan su tarea en zonas rurales) no tienen mayores incentivos, y adicionalmente son sancionados de acuerdo al régimen disciplinario imperante.

La discusión, entonces, de cuál es el tipo de organización que debe adoptar un juzgado de paz está abierta. Está claro que la justicia de paz es “otra cosa”. En otras palabras, la justicia de paz pretende ser lo que no es la justicia ordinaria, y generar canales de comunicación con el ciudadano que no se encuentren contaminados con elementos que han obstaculizado –y siguen haciéndolo– el acceso a la justicia. Su titular es un juez cercano, amigable, con legitimidad, que conoce los problemas de su comunidad y se encuentra inserto y comprometido con ella.

Si nos alejamos de esta caracterización, construiremos otro tipo de justicia, quizá también necesaria, pero alejada de la concepción primaria de la justicia de paz, abandonando las razones que le dieron origen y que siguen hoy tan vigentes como en el siglo XIX. Las transformaciones en la administración de justicia no deben perder de vista que las necesidades y demandas que hicieron posible el nacimiento de la jurisdicción de paz siguen hoy presentes.

Desde cualquiera de las transformaciones posibles a la justicia civil, sería deseable profundizar la desformalización, extender la descentralización y jerarquizar dentro del sistema judicial al juez de paz lego. Cualquier reforma judicial debe innovar sobre las formalidades exigidas, garantizando que una autoridad legitimada resuelva. Puede pensarse en reglas diferenciadas dirigidas a los jueces de paz legos, que desempeñan sus tareas predominantemente en las zonas rurales (aunque en Colombia existen jueces de paz legos en las comunas urbanas, que llevan adelante una función análoga a los jueces de paz rurales en Perú); asimismo, debe erradicarse una idea también general de que los jueces de paz no letrados administran una justicia de menor calidad.

Por otra parte, es imprescindible reevaluar el tipo de inserción institucional de la judicatura de paz. Siempre debe estar predominantemente vinculada a los poderes locales, y debe organizarse con este tipo de dependencia. En algunos lugares (por ejemplo en Colombia), los jueces de paz si bien son una rama del Poder Judicial, dependen económicamente del Poder Ejecutivo (por ejemplo de las gobernaciones en los departamentos). Estos esquemas pueden resultar fructíferos, siempre y cuando los jueces resuelvan con independencia, utilizando mecanismos de conciliación, y decidiendo “en equidad”.

Considero que las transformaciones que viene abordando la justicia civil en la última década deben contemplar necesariamente la justicia de paz por varias razones que se han ido mencionando a lo largo de este estudio. Las experiencias de países como Perú, Colombia, y Argentina demuestran que su labor ha sido relevante en términos de eficiencia, pero principalmente como formas de administrar justicia gestionando la conflictividad.

Las iniciativas de oralización, gestión, y multiplicación de audiencias; deben ser necesariamente complementadas con otros servicios de justicia, que no pueden permanecer ajenos a los requerimientos de aquellos ciudadanos que necesitan que el Estado les brinde una respuesta. Se demanda creatividad, para complementar los dispositivos clásicos de administración de justicia con autoridades judiciales “no abogados”, que pueden trasladarse a los lugares donde se los requiere –jueces itinerantes–, que utilizan mecanismos diferentes a la “aplicación del derecho” –la equidad– y que, en definitiva, necesitan de flexibilidad para cumplir con su tarea.

La justicia de paz está regulada por una legislación específica. Tanto en Perú, como en Colombia, cuentan con leyes particulares. En el caso de Río Negro (Argentina) la justicia de paz se encuentra prevista en la ley de organización judicial. A pesar de esta normativa, no ha sido posible jerarquizarla dentro del sistema de justicia. Toda una paradoja, dado que presta un servicio esencial para la comunidad.

## **VII. PROPUESTA DE UN MODELO DE JUSTICIA DE PAZ**

Existen al menos dos grandes tradiciones que cobijan a la justicia de paz: la continental, en donde se parte de la idea de una justicia verticalista y jerárquica, en donde los jueces de paz son el último eslabón de la cadena; y la anglosajona, con una justicia de paz que privilegia



su despliegue territorial, y sobre la que descansa toda la administración de justicia en Inglaterra.

“Esta es, básicamente, una magistratura lega y honorífica, que conforma un cuerpo de aproximadamente 30.000 personas que imparten justicia agrupados en colegios de magistrados, cuya organización administrativa se encuentra generalmente a cargo de un barrister, componiendo alrededor de 400 Cortes de justicia. Los jueces de paz son cuidadosamente escogidos mediante procedimientos de selección cumplidos en el interior de cada comunidad, y su función no es en absoluto simbólica: sin estas cortes de ciudadanos, la administración de justicia inglesa se derrumbaría, como que pasan por ella más del noventa por ciento de todas las causas criminales. En cambio, los jueces togados de desempeño permanente, y rentados son aproximadamente 1.000 en el mismo territorio, distribuidos en 90 cortes, para atender casos todos los fueros”<sup>207</sup>.

Estatus de la justicia de paz, inserción institucional, organización, funciones, perfil del juez de paz, son todas cuestiones que deben ser dirimidas para clarificar qué es lo que se busca con este tipo de justicia.

Debemos aprender de la tradición anglosajona y extraer sus principales elementos. **Se debe privilegiar la instalación de una justicia de paz desburocratizada, asociada a los poderes locales, y con una legitimidad indiscutible adquirida a través de los modos de selección.**

Un modelo de justicia de paz deseable debe contemplar:

- Redefinir y clarificar lo que se entiende por justicia de paz, porque de su abordaje conceptual dependerá la asignación de competencias.
- Una organización interna (con recursos humanos suficientes) que responda al volumen de trabajo. En ese sentido, la oferta se construye y organiza a partir de la demanda.
- Dado que el titular del juzgado puede ser tanto un profesional como un lego, que su estructura organizacional se adapte a esa realidad específica.

<sup>207</sup> PÉREZ GALIMBERTI, A., *La selección de Jueces de Paz en Inglaterra y Gales*, en *Revista del Instituto de Derecho Penal*, Colegio de Abogados de Neuquén, 2007.

## La justicia de paz desde una perspectiva conceptual. Buenas prácticas

A partir del marco teórico presentado en el capítulo inicial, y con el recorrido del análisis empírico de tres experiencias diferentes en la región, podemos concluir que los jueces de paz deben estar caracterizados de la siguiente manera:

- **Son autoridades estatales con una raigambre notable en la comunidad.** En el caso de Perú, por ejemplo, las autoridades indígenas muchas veces son también jueces de paz, gestando una modalidad interesante en términos de contenidos de sus decisiones y de legitimidad comunitaria.
- **Preeminencia de la función conciliadora.** Si bien a diferencia de otros funcionarios del Estado pueden también dictar sentencia, siempre privilegian el acercamiento de las partes. En Colombia, por ejemplo, la posibilidad de alcanzar acuerdos y construir consensos es fundamental. La capacidad de llegar a una solución concertada ha sido destacada en todas las entrevistas realizadas.
- **Las decisiones en equidad.** Si se da el caso de que los acuerdos no se alcanzan, el juez de paz falla en equidad. Esta posibilidad de representar “el sentido común comunitario”, utilizando otros elementos más allá de la ley, le imprime un perfil particular. En todos los países en donde se profundizó el análisis, se señaló con igual fuerza la valoración de la utilización de costumbres locales. En el caso peruano, con la fuerte presencia de la justicia indígena, esta posibilidad se vuelve aún más valiosa.
- **Su desburocratización.** Mecanismos ágiles, orales, desformalizados son características centrales de su accionar. Esto se evidencia hasta en los espacios físicos utilizados, como es el caso en Río Negro. Una casa sencilla (diferente a un enorme edificio que alberga al Poder Judicial), el uso de un lenguaje llano, aunada a una respuesta efectiva la convierte en una instancia de justicia privilegiada.

## Organización interna y demandas

Es obvio afirmar que la estructura interna de un juzgado de paz debería estar acorde con el volumen de trabajo. Tanto los recursos humanos, como los recursos económicos destinados a su funcionamiento, deberían guardar coherencia con las demandas ciudadanas de atención de sus conflictos.

Sin embargo, a pesar de la obviedad, no siempre se respeta este principio básico. De lo que pudo advertirse en terreno, las diferencias lógicas que deben establecerse no siempre contribuyen a generar cohesión interna dentro del segmento de la justicia de paz. Por ejemplo, en el caso peruano, mientras que los jueces de paz urbanos ganan un salario, los jueces de paz rurales deben afrontar muchas veces los gastos de infraestructura con sus propios recursos.

En el caso de Río Negro, por ejemplo, y en casos específicos de violencia familiar, existe una desproporción manifiesta entre las denuncias que efectivamente atienden los diferentes juzgados de paz<sup>208</sup>. El desafío pasa por construir organizaciones que respeten esta diversidad, pero que no sean utilizadas para jerarquizar a los juzgados de paz; en otras palabras, no crear juzgados de paz “de primera” y “de segunda”.

La justicia de paz, por lo general, debe enfrentar un conjunto de exigencias: debe evitar construir organizaciones reflejas de los juzgados de primera instancia, debe acomodar sus recursos al volumen de trabajo efectivo, su figura debe recuperar muchas veces un lugar en la institucionalidad del Estado, para finalmente volver a ubicarse como una instancia de relevancia dentro de los mecanismos del Estado.

De todos modos, la figura del juez de paz como aquel vecino cercano que puede contribuir con su accionar a resolver un conflicto no debe disolverse en la maraña de artilugios que por lo general, de a poco, van incorporándose en las prácticas, burocratizando y convirtiendo un dispositivo de cercanía en algo que, otra vez, se vuelve inaccesible a los ciudadanos a los que debe servir.

Un modelo de juzgado de paz deseable es aquel que compatibiliza este conjunto de requerimientos, equilibrando sus rasgos definitorios con el incremento y complejización de las tareas.

Ya hace más de una década, un estudio llevado adelante por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)<sup>209</sup> indicaba

<sup>208</sup> De una estadística escogida al azar en la provincia de Río Negro, en temas de violencia familiar (Ley N° 3.040), una ciudad cabecera de departamento como Cipolletti atiende 1.266 denuncias, frente a otra ciudad mucho más pequeña, Ing. Jacobacci, al que le llegan 43 denuncias. Queda claro que ambos juzgados de paz deben presentar, necesariamente, un modo organizativo diferente.

<sup>209</sup> PNUD, “Manual sobre Políticas de Acceso a la Justicia para América Latina y el Caribe”, 2005.

la relevancia de que la planificación de líneas de acción en materia de acceso a la justicia tenga presente la cercanía al ciudadano, nada más relevante en términos de justicia de paz.

*La ampliación de la cobertura de la justicia estatal requiere la planificación y elaboración de líneas claras de acción que tengan por finalidad **la descentralización, desformalización y articulación de las medidas para dar respuestas a los conflictos** (una vez ya producidos) y que recreen una oferta de los servicios de justicia que se acerque a los ciudadanos, abandonando el viejo esquema de una justicia centralizada (sin ir más lejos pensar en los “modelos de ciudades judiciales” como la contra-cara de esta propuesta) que profundiza la distancia entre los usuarios del servicio y quienes lo administran.*

Por otra parte, existe también la necesidad de armonizar, equilibrar y compatibilizar en un área determinada todos los servicios de justicia existentes. La justicia de paz, por sus mismas características, necesita trabajar en red, y muchas veces comparte espacio físico con las casas de justicia. En algunos lugares, la creación de la oficina de atención al ciudadano se vuelve imprescindible como un nodo articulador, que realice las tareas de orientación y derivación, y que apunte la justicia de paz.

Esta compatibilización se da en los lugares objeto de este estudio. Tanto en Río Negro como en Colombia se identificaron un conjunto de dispositivos de respuestas que incluyeron a los jueces de paz, utilizando asimismo la mediación y la conciliación, con altibajos en cuanto a su articulación.

### **Juez lego o profesional**

A mayores competencias y conflictos más complejos, se instala cada vez más fuertemente la necesidad de que el juez sea profesional. Si bien –y como ya ha sido indicado en anteriores apartados– posiblemente sea cierto para algunos juzgados que presentan mayor tamaño y toman a su cargo casos que ameritan conocimientos específicos para ser resueltos (es el caso de los juzgados visitados en este estudio en las ciudades de General Roca y Cipolletti en la provincia de Río Negro), también vale la pena remarcar que uno de los argumentos mayormente utilizados para proponer la mutación de la justicia de paz a una justicia profesional es aquel que discute sobre la calidad de la justicia que se imparte.

Este argumento, cuya contrapartida es que la justicia impartida por un vecino es deficiente, debe ser discutido y desechado. La administración de justicia que se lleva adelante por una autoridad de la comunidad, legitimada por la misma comunidad, y receptada con el respeto que esa autoridad merece, no es una justicia inferior a la administrada por un abogado.

Es así que se sigue insistiendo con la conveniencia de mantener sistemas mixtos, que dejen un lugar a la justicia lega, y que tengan presente las diferentes variables que pueden presentarse en el contexto específico en el que se desarrolla, para evaluar según cuáles sean las condiciones a las que ya se hizo mención, cuál es el mejor tipo de justicia para ese lugar concreto.

La legislación sobre justicia de paz en los países analizados prevé ambas modalidades: justicia de paz letrada y justicia de paz lega. Sin embargo, y tal como ya ha sido destacado, se identificó una tendencia a reconvertirla a una magistratura formada por jueces abogados, enfatizando la necesidad de garantizar la calidad de la justicia brindada.

## **VIII. RECOMENDACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA JUSTICIA DE PAZ DEMOCRÁTICA Y REPUBLICANA**

### **Diseño de políticas públicas para implementarla**

Para construir –o reconstruir– una justicia de paz democrática y republicana, debemos al menos abocarnos a los problemas “conceptuales-políticos” que presenta la política judicial, para volver a jerarquizarla; debemos asimismo identificar cuáles son los pasos a seguir para consolidarla; se vuelve necesario reflexionar sobre cómo garantizar su correcta implementación; por último, establecer las relaciones entre la justicia de paz con las reformas a la justicia civil.

### ***Problemas conceptuales y políticos de una política judicial***

En uno de los puntos iniciales de este trabajo, se puntualizaron los problemas conceptuales que enfrenta la justicia de paz, y que muchas veces se confunde con otros tipos de dispositivos de acceso a la justicia. En este apartado, se retomarán estas reflexiones focalizándolas en cómo insertar de la mejor manera posible una política para la justicia de paz dentro de una determinada política judicial.

La política judicial, desde una perspectiva macro, debe garantizar entre otras cosas el derecho de acceso a la justicia. La justicia de paz muchas veces se ha distorsionado progresivamente –en algunos países, como Colombia, se ha debilitado de forma notable– precisamente por una carencia de políticas basadas en un conjunto de factores, entre ellos la confusión conceptual sumada a la falta de una evaluación política de la relevancia que reviste la justicia de paz.

Al contrario, en otros países como Perú, más allá de las dificultades que ya fueron expresadas en el apartado pertinente, han desarrollado una política judicial que valora la justicia de paz y que intenta dotarla de herramientas para que pueda expandirse. La institucionalidad que rodea la justicia de paz, las oficinas especiales que la supervisan, revelan el interés del Estado para fortalecerla.

La justicia de paz ha sido concebida en este trabajo, y en la literatura sobre la materia, como la base de una justicia democrática y republicana. Está asentada en la cercanía con aquellos a quienes debe servir, y su elección popular también refuerza su contenido democrático. La necesidad de todo grupo social de gestionar su conflictividad encuentra en la justicia de paz una figura con legitimidad, que con sencillez puede dar respuestas a los problemas que se presentan.

El Poder Judicial debe hacerse cargo de estos desafíos y encarar la necesidad de apuntalar esta justicia de paz, en el entendido de que esta no es el último eslabón de una jerarquía judicial, sino que es la llave de acceso a servicios que el Estado tiene el deber de brindar a sus ciudadanos.

### ***Consolidación***

En general, la mayoría de jurisdicciones cuentan con legislación específica que regula la existencia de la justicia de paz. Sin embargo, muchas veces el Poder Judicial no garantiza la infraestructura necesaria para que se desempeñe adecuadamente.

Por otra parte, internamente, los mensajes que envía al interior de la estructura judicial son equívocos, dado que muchas veces los jueces de paz siguen perteneciendo al escalafón administrativo, no son valorados como otros jueces del mismo Poder Judicial, los salarios son desparejos y muchas veces menores a sus colegas; como contrapartida cada vez entienden en mayores conflictos, con competencias ampliadas, lo que acentúa la percepción de que se los utiliza más como

una vía de descongestión de los despachos que como una puerta de acceso a la justicia.

Este es un punto que se detectó en Río Negro. Si bien por una parte han desarrollado un trabajo en red que busca consolidar la justicia de paz como una instancia de privilegio para el ciudadano, por otra parte los jueces de paz no se sienten lo suficientemente valorados, o perciben las diferencias que existen con el resto de la magistratura. Se vuelve importante entonces, para su consolidación, la dignificación de la función.

Debe recuperarse la justicia de paz en su verdadera dimensión. Es necesario jerarquizarla, entender su enorme potencialidad para garantizar el acceso a la justicia, en las grandes ciudades descentralizarla a los barrios, y desplegarla de tal manera que sea un soporte fundamental para la administración de justicia.

### **Implementación**

La implementación de la normativa existente con una nueva visión, o la creación de una política judicial que fortalezca la judicatura de paz, debe tener presente el argumento de que “la necesidad de recurrir a un juicio costoso y prolongado determina que algunos reclamos nunca lleguen a ser dirimidos por la justicia. La falta de respuesta a las llamadas pequeñas causas es una fuente de justificable resentimiento hacia el sistema de justicia, que contribuye a minar la legitimidad del Estado. De allí la necesidad de darle a este punto la importancia que merece dentro de un programa especial de acceso a la justicia”<sup>210</sup>.

Los juzgados de paz, instalados en diferentes localidades, en los barrios o vecindades donde se producen los conflictos, no deben ser entendidos despectivamente como una justicia “de segunda”. Como explica Berizonce, el acceso irrestricto e igualitario no es solo “para la solución de los conflictos mayores sino también –y especialmente, porque de hecho son los más necesitados y ‘carenciados’– de las pequeñas controversias, en que tales litigantes arriesgan casi siempre, sus ‘grandes’ derechos”<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> GARRO, A. M., *Acceso a la Justicia y el derecho de interés público*, en *Justicia y Sociedad. Hacia un mejor servicio público de justicia*, PNUD, N° 2, abril de 1999, p. 11.

<sup>211</sup> BERIZONCE, R., *Efectivo acceso a la justicia*, Editora Platense, La Plata (1987), p. 119.

La formulación de políticas públicas por parte del Estado muchas veces se realiza *ex ante*, la política antecede al conocimiento real de la situación para la cual fue pensada. Es por ello tan necesario realizar un mapeo de las demandas de “acceso a la justicia”, teniendo en cuenta la diversidad de la población y la relación existente entre oferta de instituciones (por ejemplo, organismos para la mujer) y el crecimiento de la demanda. La mayor visibilidad del problema viene impuesto “desde arriba”, y muchas veces no responde a las necesidades “de abajo”.

La planificación también debe contener mecanismos que aseguren la circulación de información entre instituciones, para que puedan organizar externamente los servicios que prestan y no se solapen o se conviertan en sobreabundantes cuando por otra parte existen notables carencias. Estos mecanismos no se resuelven con la presencia de voluntarismo, sino que deben ser instrumentados con previsión y eficacia a través de las políticas del Estado.

La falta de planificación se visualiza en el caso de Colombia. Una justicia de paz que depende de la rama judicial, Juntas de Acción Comunal y Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras que dependen de la rama administrativa y que coinciden en las funciones que desempeñan, sin una política de articulación, generan incertidumbre en la población y desperdician recursos que podrían ser racionalmente distribuidos.

Líneas de acción simples, que por otra parte ya han sido debatidas y problematizadas, dotarían de mayor coherencia y racionalidad al sistema de justicia, y permitirían aprovechar sustantivamente a la justicia de paz. Muchas veces esta se encuentra subutilizada o desprestigiada, o no se la incluye en un abanico de dispositivos de acceso, que corren el riesgo de superponerse o duplicar la oferta.

### ***Relación entre la justicia de paz con las reformas de la justicia civil***

Algunos aspectos ya fueron apuntados en un apartado específico. Sin embargo, como una recomendación a tener presente en los actuales procesos de reforma civil, debe acompañarse todo el movimiento de desjudicialización con un apuntalamiento de la justicia de paz, la que utilizando una metodología de trabajo que se concentra en la conciliación, pueda entender en un conjunto de causas civiles y comerciales que contribuiría a descongestionar el sistema y, lo que es más importante, se presenta como un servicio de justicia genuino.



Las reformas de la justicia civil deberían entonces:

1. Tomar como eje fundamental la reorganización y fortalecimiento de la justicia de paz.
2. Evitar las distorsiones formalistas de la justicia de paz, como podría ser el caso de juzgados que repliquen las estructuras de los juzgados de primera instancia (ver, por ejemplo, el caso de Río Negro).
3. Incluir en el proyecto de incorporación de la justicia de paz:
  - Su carácter localista;
  - Una respuesta integral a los problemas, que implica acercar la justicia penal a las otras instancias de solución de conflictos.
4. Construir un modelo de funcionamiento de la justicia civil que compatibilice los elementos de desformalización (oralidad, simplicidad, publicidad, celeridad) con la necesidad de instalar capacidad para resolver conflictos cercanos, pero no por ello menos complejos (incumplimiento contractual, violencia familiar, derechos del consumidor, etc.). En el estudio de los tres casos que incluye este trabajo, la justicia de paz toma conocimiento día a día de esta variedad de problemas y se ve compelida a dar una respuesta.
5. No desperfilar su carácter, que privilegia la inserción local. Es necesario articular el conocimiento jurídico y profesional con el sentido común y un liderazgo constituido (casos de Perú y Colombia).
6. Adoptar nuevos modelos de gestión judicial (oficina judicial, colegio de jueces), para que se convierta en un instrumento flexible a fin de construir relaciones diferentes con la comunidad. Tal como es el caso de Perú, con la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP).
7. Estudiar modelos de financiamiento que permitan la sustentabilidad local, para no caer en la dependencia política o en la debilidad económica (la dependencia política muchas veces fue visualizada en el caso de Colombia, cuando los recursos económicos de los jueces de paz dependen del poder político; y la debilidad económica fue identificada claramente en el caso de los juzgados de paz legos en Perú).

### **Diez principios básicos para la profundización de la judicatura de paz**

- Clarificar cualquier ambigüedad conceptual, que incluye una aproximación definida a lo que debe entenderse por justicia de paz y a cuál debe ser una política judicial que tenga presente esta judicatura.

- Es relevante tener presente cuál es el horizonte de la justicia de paz. Fundamentalmente, es una forma de garantizar el derecho de acceso a la justicia, y nunca debe ser entendida como una judicatura residual, o que se utilice solo para descongestionar despachos de jueces de otras instancias.
- Una vez que se clarifica el perfil, es preciso analizar la normativa existente. Si bien, muchas jurisdicciones cuentan con legislación específica, es relevante ajustarla a una perspectiva que coloque en el centro su capacidad de maximizar el acceso a la justicia.
- Como un elemento fundamental de una planificación estratégica, es preciso realizar “un mapeo” de los servicios de justicia existentes en la localidad, para articular un trabajo en red que fortalezca y potencie las tareas del juez de paz.
- La articulación de la jurisdicción de paz con casas de justicia, servicios de mediación y conciliación, justicia municipal, justicia indígena, escuelas, hospitales, etc., es central para dotar de contención y proyectar las tareas propias de la judicatura.
- Al interior del Poder Judicial, se debe jerarquizar al juez de paz, diluyendo las diferencias existentes con el resto de la judicatura. En cuestiones de escalafón, deben dejar de formar parte del plantel administrativo, para no generar equívocos acerca de su función.
- Los procesos de selección de los jueces de paz deben seguir atados al principio democrático de la elección popular, pero se requieren de controles para evitar la manipulación y la distribución de los cargos entre los partidos políticos predominantes.
- El diseño institucional, orgánico, y político de una justicia de paz; debe estar vinculado necesariamente con su contexto. En ese sentido, se debe tener presente el volumen de trabajo, tamaño de la localidad en dónde debe prestar servicio, características de la localidad (urbana o rural), y otros servicios de justicia existentes (como por ejemplo, la presencia de justicia indígena en la región).
- La justicia de paz no debe ser necesariamente entendida como justicia de pequeñas causas. Por el contrario, los conflictos que resuelve pueden ser centrales para la vida de sus usuarios, de allí que no debe ser asimilada a un servicio de menor importancia o jerarquía.
- Su consolidación depende de decisiones internas de las cabezas de los poderes judiciales, y de una re significación de sus contenidos, alcances, perfiles, etc. De estos debates dependerá que vuelva a recuperar un lugar central en América Latina.

## Conclusiones generales

- I. La justicia de paz como institución tiene una notable raigambre histórica. Es a partir del siglo XIX que se instala en América Latina, siendo Perú el país en donde adquiere un amplio desarrollo.
- II. La justicia de paz presenta enormes ventajas, entre ellas la cercanía, la legitimidad, la desformalización, la desburocratización, la eficacia en dar una respuesta simple y sin costo. Claramente representa un paso adelante para garantizar el acceso a la justicia.
- III. Como contrapartida, presenta también enormes riesgos de distorsión. La formalización, la burocratización, la organización refleja; están siempre presentes como una tendencia ineludible de los sistemas de justicia. Se debe prestar mucha atención a dichos riesgos, para no perder las características definitorias de la institución.
- IV. Es relevante articular con otros dispositivos de acceso a la justicia existentes. Casas de justicia, oficinas de mediación, servicios que prestan hospitales, escuelas; son instancias de la comunidad que deben ser utilizadas y servir de complemento a los jueces de paz.
- V. La organización interna de los juzgados de paz también representa un desafío, para que a la vez que satisfacer demandas cada vez más complejas, no se conviertan en un remedo de una justicia ordinaria más burocratizada. No existe una sola forma de organizar un juzgado, pero se debe evitar replicar esquemas organizativos más formalizados.
- VI. En Perú, la coordinación con la justicia indígena se vuelve central en su trabajo. En departamentos con alta presencia indígena y con numerosos jueces de paz, la autoridad indígena también reviste la calidad de juez de paz. Este doble estatus le otorga a la justicia de paz características diferenciadoras con el resto de los jueces de paz en el país y en la región.
- VII. En Perú, por definición los jueces de paz son legos. En ese sentido, y dado que existen jueces de paz letrados que provocan confusión, se ha sugerido cambiar el nombre a estos últimos para no generar equívocos.
- VIII. En Perú, los reglamentos de la Oficina del Estado que supervisa el trabajo de jueces de paz distinguen entre conflictos generados en zonas urbanas y zonas periurbanas, ya que advierten la diferente tipología que obliga a un desempeño diverso de los jueces de paz.

- IX. En Colombia, la figura de la justicia de paz que emergió con mucha fuerza hace más de una década en la actualidad se encuentra desdibujada. Esto se debe principalmente a la falta de interés por parte de las cabezas del Poder Judicial, que no le han dado seguimiento o que no han fortalecido desde lo institucional su desarrollo.
- X. En Colombia, es notable la coexistencia de un conjunto de “justicias”, en muchos de los casos por fuera de la órbita del Estado. Es así que el ciudadano recurre a uno u otro servicio, dependiendo de las circunstancias, cercanía, conveniencia, etc.; lo que configura un entramado complejo de dispositivos de acceso a la justicia.
- XI. En Colombia, la justicia de paz es principalmente justicia de equidad. En ese sentido, es una justicia lega, cercana al ciudadano, eficiente en su respuesta y sin costos, lo que la vuelve un servicio relevante y central para aquellos sectores más desprotegidos.
- XII. En la provincia de Río Negro (Argentina), el debate interno sobre cuál debe ser el perfil de juez de paz es central. Si debe conservarse el juez de paz lego o si debe tenderse preferencialmente a convertirse en una justicia de paz letrada, forma parte en la actualidad de las discusiones más relevantes.
- XIII. En Río Negro, el trabajo de la justicia de paz privilegiando los mecanismos alternativos de resolución de conflictos forma parte de sus características definitorias. El trabajo en red es central, y en general funcionan de esta manera, principalmente en los juzgados de paz de localidades más pequeñas.
- XIV. En Río Negro, la organización interna de los juzgados de paz son disímiles, porque estos son muy diferentes entre sí. Desde aquellos juzgados prácticamente unipersonales, a aquellos emplazados en localidades de mayor población en donde su estructura tiende a replicar a la justicia ordinaria de primera instancia, con los riesgos y desventajas que ya han sido mencionados.
- XV. Este estudio revela que no existe un solo modelo de juez de paz y que existe la necesidad de pensar en un sistema mixto, que combine la presencia de un juez de paz lego con un juez de paz letrado.
- XVI. Asimismo, este estudio demuestra la relevancia –a la hora de pensar en el diseño institucional– de construir una justicia de paz contextualizada, que tenga presente un conjunto de variables, entre ellas el lugar de emplazamiento, el tipo de conflictos

- que debe resolver, la existencia de otro tipo de dispositivos de acceso a la justicia, etc.
- XVII. Existen numerosas líneas de acción que pueden implementarse para consolidar la justicia de paz. Pero para ello, debe transformarse la perspectiva de que esta es una justicia inferior, de menor rango, en definitiva la “cenicienta” de la administración de justicia.
- XVIII. La justicia de paz es mucho más que “justicia de pequeñas causas”. Debe ser comprendida como un servicio que puede entender en casos muy disímiles, y que pueden ser centrales en la vida de los usuarios. De allí que, este concepto habitual de “pequeñas causas” también debe ser revisado y re significado.
- XIX. Las políticas públicas sobre acceso a la justicia debe incluir como un elemento central el fortalecimiento de la justicia de paz. Si bien, los mecanismos de acceso son numerosos y diversificados, el juez de paz se vuelve en una herramienta privilegiada, y así debe ser entendida por las diferentes instancias del Estado.
- XX. Finalmente, de la información recogida en este estudio puede señalarse como conclusión medular que la justicia de paz es una institución que merece la pena fortalecer, profundizar y jerarquizar, no solo por su función primigenia de garantizar el derecho al acceso a la justicia, sino por razones políticas, dado que es una pieza clave en la construcción de una justicia más democrática y republicana.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Ramiro y otros, “Código de Justicia Municipal. Proyecto para el Municipio del Partido de General Pueyrredón”, provincia de Buenos Aires, 2015.
- ANAYA CAPONE, Rosana, “Justicia de paz y justicia comunitaria”, en *Justicia*, N° 24, pp. 25-35. Diciembre 2013. Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia. ISSN: 0124-7441. <http://portal.unisimonbolivar.edu.co:82/rdigital/justicia/index.php/justicia>
- BERIZONCE, Roberto, “Efectivo acceso a la justicia”, Editora Platenese, La Plata, 1987.
- BINDER, Alberto, “De las Repúblicas aéreas al Estado de Derecho”, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

- BRANDT, Hans-Jürgen, “En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú”. Fundación Friedrich Naumann, Lima, diciembre de 1990.
- CANALES CISCO, Oscar Antonio, “Justicia de pequeñas causas”, mayo de 2008.
- CIPPEC. ANDHES, “Casas de justicia. Una respuesta efectiva para el acceso a la justicia”, Buenos Aires.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, “Reporte del Consejo Superior de la Judicatura al Ministerio del Interior y de Justicia”, 2011.
- CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA, “Descifrando la justicia de paz en Bogotá”, Bogotá, 2006.
- CUNARC, “Estatuto rondas campesinas, urbanas e indígenas del Perú”, Trujillo, 2013.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y otros, “Casas de Justicia. Una buena idea mal administrada”, De Justicia, Bogotá, 2015.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; ESPINOSA, José Rafael, “El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional”, De Justicia, Bogotá, 2013.
- GARRO, Alejandro, “Acceso a la Justicia y el derecho de interés público”, en *Justicia y Sociedad*. Hacia un mejor servicio público de justicia, PNUD N° 2, abril de 1999.
- GUARÍN MORA, Vanessa, “Jueces de paz y reconsideración: balance crítico analítico para la sociedad colombiana”, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2015.
- GUERRA CERRÓN, María Elena, “Justicia de paz en el Perú: un servicio de justicia eficiente”, Perú, 2005.
- LANDAVAZO, Marcos Antonio, y SÁNCHEZ ANDRÉS, Agustín, “La influencia de Cádiz en la América española: política, gobierno y constitucionalismo”, *Revista de historiografía* N° 20, 2014.
- LAPUENTE, Gabriela y otros, “El acceso a la justicia en cuestiones de familia en los juzgados de paz de la provincia de Río Negro”, III Encuentro nacional y I Jornada internacional de justicia de paz y Faltas, Poder Judicial de la provincia de Río Negro, 2016.
- MARTÍNEZ LAVID, Isabel Cristina, “Jueces de paz. Gestores de convivencia y justicia comunitaria”, Instituto Popular de Capacitación (IPC), Medellín, Colombia, 2003.

- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, Programa nacional casas de justicia. “La justicia entra por casa”, Bogotá, Colombia, 2012.
- MOVIMIENTO MANUELA RAMOS, “Diagnóstico situacional del servicio de justicia de paz letrada y de justicia de paz”, Lima, 2008.
- ONAJUP, Poder Judicial del Perú, “Protocolos para una Justicia intercultural”, Lima, 2015.
- OSORIO MORENO, César Alejandro, y INSUASTY RODRÍGUEZ, Alfonso, “Jueces de paz en Medellín: parte de la realidad”, Investigación intergrupos Universidad de San Buenaventura Medellín, Colombia, 2008.
- PNUD, PODER JUDICIAL DEL PERÚ, “Fortaleciendo la justicia de paz en el Perú”, Lima, 2015.
- PODER JUDICIAL DEL PERÚ, Instituto de justicia intercultural Corte Superior de Justicia de Cajamarca, “Competencias de los Jueces de Paz”, Cajamarca.
- PODER JUDICIAL DEL PERÚ, Instituto de justicia intercultural Corte Superior de Justicia de Cajamarca, “Compendio de normas sobre Justicia de Paz”, Cajamarca, 2014.
- RIVERA WOLTKE, Víctor Manuel y otros, “Justicia de pequeñas causas en Guatemala”, en *Sistemas Judiciales*, CEJA, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en SANTOS, Boaventura de Sousa, y EXENI RODRÍGUEZ, José Luis, *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg., 2012.
- SISTEMAS JUDICIALES, “Otras Justicias”, Revista N° 12, INECIP - CEJA, 2007.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CHACO, “Recopilación de leyes y normativas vigentes de la Justicia de Paz en las provincias argentinas”, 2009.
- UPRIMNY, Rodrigo, “Jueces de paz y justicia informal: una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones”, Bogotá, Colombia, 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo y otros, “Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia”, *De Justicia*, Bogotá, 2014.

VIDEO CASAS DE JUSTICIA EN RÍO NEGRO, <http://www.jusrionegro.gov.ar/inicio/casajusticia/video.php>

VIDEO JUZGADOS DE PAZ EN RÍO NEGRO, <https://www.youtube.com/watch?v=n5GfNRR83yc>

VILLADIEGO, Carolina, “Estudio comparativo justicia civil de pequeñas causas en las Américas”, en *Modernización de la Justicia Civil*, 2011.

ZUBILLAGA GABALDÓN, María Teresa, “La Justicia de paz y su evolución”, en *Cuadernos Unimetanos*, Venezuela, septiembre de 2007.

## ANEXO

### Entrevistas:

#### **Perú (realizadas en Lima y Cajamarca)**

*IIDS (Instituto Internacional sobre Derecho y Sociedad)*

- Raquel Yrigoyen
- Zulma Villa

*ONAJUP (Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena)*

- Jaime Escobedo

*Consultor independiente y ex GIZ (Cooperación alemana)*

- Horst Schombohm

*ODAJUP*

- Dael Dávila Elgera

*Instituto de Justicia Intercultural de la Corte Superior de Cajamarca*

- Fernando Bazán

*Ronderos Campesinos (Central)*

- Santos Saavedra (Presidente Regional de las Rondas Campesinas de Cajamarca)

#### **Colombia (realizadas en Bogotá y Medellín)**

*Corporación Excelencia por la Justicia (CEJ)*

- Gloria María Borrero



- Universidad de los Andes
- Esteban Restrepo
- Daniel Bonilla

*De Justicia*

- Carolina Villadiego

*Escuela Judicial (Consejo de la Judicatura)*

- Diana Uribe

*Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia*

- Pablo Angarita

*Juez de Paz*

- Aníbal Vélez Durango (juez de paz en Medellín. Asociación de jueces de paz)

***Río Negro, Argentina (realizadas en General Roca y Cipoletti)***

*Jueces de paz*

- Norma Martino (jueza de paz de General Roca).
- Pablo Bustamante (juez de paz suplente General Roca. Se desempeña como Secretario Letrado del Juzgado).
- María Gabriela Lapuente (jueza de paz de Cipoletti)

*Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (Di.M.A.R.C.)*

- Verónica Martínez
- Casas de Justicia
- Francisco D'Angelo



# MANUAL DE INTRODUCCIÓN A LOS PROCESOS COLECTIVOS Y LAS ACCIONES DE CLASE

FRANCISCO VERBIC

## PRESENTACIÓN

El presente *Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clase* es el producto final de un trabajo de consultoría realizado en el marco del proyecto *Promoting and Supporting Civil Justice Reform and Access to Justice in Latin America*, ejecutado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) con el apoyo técnico y financiero de Global Affairs Canada (GAC).

El principal objetivo de la obra es de orden didáctico. Desde esta perspectiva, pretende presentar a jueces, abogados y hacedores de políticas públicas de la región los lineamientos generales, principios e instituciones que gobiernan el campo de la tutela colectiva de derechos en clave representativa. Esto es, aquellos procesos judiciales llevados adelante en beneficio de grupos de personas por ciertos atípicos representantes de derechos ajenos (individuos, organizaciones del tercer sector y organismos públicos), cuya actuación judicial impactará con cualidad de cosa juzgada –con diversos alcances– incluso sobre quienes no han sido parte formal en el debate.

Se trata de un campo del derecho en plena evolución y desarrollo en prácticamente todos los países de la región, así como a nivel global. Este fenómeno obedece a una inculcable e impostergable realidad de la cual debemos hacernos cargo con urgencia si pretendemos dotar de efectividad al derecho humano y esencial de acceso a la justicia, especialmente de ciertos grupos tradicionalmente vulnerables. Me refiero a las características masivas y repetitivas de los conflictos que cada vez con mayor frecuencia deben enfrentar y resolver los operadores jurídicos, sumado a la evidente insuficiencia de estructuras orgánicas e institucionales y métodos de debate (códigos, leyes procesales) pensados y diagramados con la finalidad de atender conflictos individuales.

Para lograr el objetivo planteado, como premisa metodológica y expositiva, se tomaron principalmente las reglas establecidas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y el sistema de acciones de clase establecido en la Regla Federal de Procedimiento Civil 23 de los Estados Unidos de América. Asimismo, el Manual contiene referencias normativas y jurisprudenciales de distintos países latinoamericanos que, en mayor o menor medida, han desarrollado en época relativamente reciente sistemas procesales específicos para atender conflictos colectivos por medio de este tipo de instrumentos de debate (Argentina, Brasil, Colombia, Chile y México, entre otros).

El desafío de redactar un Manual que condense en pocas páginas, de manera resumida y sistemática, una temática compleja y en gran medida ajena a nuestra tradición jurídica, fue en extremo demandante. El lector debe tener presente que muchas de las discusiones en torno a distintos institutos del campo de los procesos colectivos y las acciones de clase han sido simplificadas para permitir su presentación en clave de principio. Las notas incorporadas a pie de página pretenden servir como invitación para profundizar al respecto.

En ese orden de ideas, también cabe advertir que el Manual no pretende agotar la temática ni describir en detalle el contenido de los sistemas nacionales de la región en el campo de la tutela colectiva de derechos. Las referencias normativas y jurisprudenciales nacionales han sido utilizadas en este contexto a modo de ejemplo, sea como medio para ilustrar los distintos diseños que admiten ciertas instituciones o bien para presentar las principales cuestiones que entendemos deben ser atendidas a efectos de lograr que este tipo de sistemas se desarrolle adecuadamente y en respeto de la garantía de debido proceso legal que asiste a todos los habitantes de los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Para terminar con esta breve presentación, quiero agradecer a Jaime Arellano, Director Ejecutivo del CEJA, por la confianza depositada en mi trabajo y la oportunidad de realizar este aporte para profundizar las prácticas y mejorar el sistema de protección colectiva de derechos en la región. Igualmente a Leonel González, Coordinador de Capacitación del CEJA, por su acompañamiento, observaciones y críticas a los informes parciales que permitieron mejorar en gran medida el resultado final del trabajo, tanto en orden a los contenidos desarrollados como en lo que hace a su sistematicidad y metodología de exposición. Finalmente, agradezco también a mis colegas y ami-

gos Caren Kalafatich y Matías A. Sucunza por su colaboración en el relevamiento de material de derecho comparado y las críticas y sugerencias aportadas sobre los borradores del trabajo.

*Francisco Verbic  
La Plata, enero de 2017*

## GLOSARIO DE ABREVIATURAS DE NORMAS

CDC	Código de Defensa del Consumidor, Ley N° 8.078/1990 y modificatorias (Brasil)
FRCP	Regla Federal de Procedimiento Civil (Estados Unidos de América)
CMPC	Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica
CNA	Constitución Nacional (Argentina)
LGA	Ley General del Ambiente N° 25.675 (Argentina)
LDC	Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y modificatorias (Argentina)
LACP	Ley de Acción Civil Pública N° 7.347/1985 y modificatorias (Brasil)
LPDC	Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores N° 19.946/1997 (Chile)
CPC	Código Federal de Procedimientos Civiles, Diario Oficial de la Federación del 24 de febrero de 1943 y modificatorias (México)

## I. LOS PROCESOS COLECTIVOS

### 1.1. La cuestión terminológica

Los mecanismos de tutela colectiva de derechos en sede judicial pueden adquirir distintas formas y también diversas denominaciones. Entre aquellos que podemos identificar en el derecho comparado se destacan el sistema de caso testigo alemán (*musterverfahren*)<sup>212</sup>, el modelo de resolución de casos repetitivos a través de incidente o bien de recursos incorporado en el nuevo Código de Proceso Civil

<sup>212</sup> DO PASSO CABRAL, A., *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*, RePro N° 147 (2007), pp. 123-146; “*Il procedimento-modello (Musterverfahren) tedesco e gli strumenti di risoluzione di processi ripetitivi*”, Revista de Processo Comparado, N° 1 (2015), pp. 45-61.

brasileño<sup>213</sup>, y el sistema de litigio multidistrital vigente en los Estados Unidos de América<sup>214</sup>.

En este trabajo, sin embargo, nos ocuparemos exclusivamente de los procesos colectivos de tipo representativo, cuyo modelo paradigmático a nivel global son las acciones de clase del sistema federal estadounidense. Estos procesos tienen dos características esenciales que los definen con total independencia de la denominación que la doctrina y la legislación de un determinado Estado les acuerden (proceso colectivo, acción colectiva, acción de clase, amparo colectivo, etc.).

La primera de dichas características es que el representante que promueve la acción judicial no es elegido por el grupo ni por sus integrantes, sino que se auto-nomina como tal. Esto sucede con cualquiera de los legitimados colectivos autorizados en tal carácter por el ordenamiento jurídico de que se trate (organismos estatales, defensor del pueblo, Ministerio Público, individuos particulares, sindicatos, Organizaciones No Gubernamentales o cualquier otro).

La segunda característica es que los resultados del accionar de este atípico representante afectarán con cualidad de cosa juzgada (esto es, con carácter inmutable) a todo el grupo que eligió representar. Las variables de intensidad de esta afectación dependerán del sistema de cosa juzgada colectiva que se implemente a nivel reglamentario, pero debemos tener presente que siempre, indefectiblemente, existirá una decisión judicial cuyos efectos –al menos en principio– no será posible modificar en el futuro con relación a ciertas personas.

En estos procesos no hay contrato de mandato ni apoderamiento formal alguno que permita al representante actuar en nombre del grupo, como tradicionalmente ocurre cuando alguien necesita iniciar una acción individual en cualquiera de los sistemas de administración de justicia de la región.

Más aún: el representante colectivo puede actuar en desconocimiento de las personas que dice representar (ya que las medidas de publicidad y notificación implementadas en estos procesos no aseguran necesariamente que todos los miembros del grupo tomen efectivo

---

<sup>213</sup> DIDIER JR., F., *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*, RePro N° 256 (2016), pp. 209-218.

<sup>214</sup> OSTOLAZA, Y., y HARTMANN, M., *Overview of Multidistrict Litigation Rules at the State and Federal Level*, 26 Rev. Litig. 47.

conocimiento del proceso), y aun contra su voluntad en ciertos supuestos excepcionales donde el objeto de la pretensión es de carácter indivisible. Lo que resulte de la actuación de este representante atípico influirá, como señalamos, sobre el derecho de todos los miembros de ese grupo que comparten una situación similar de hecho o de derecho frente al demandado.

Como puede advertirse, este tipo de mecanismo procesal reviste carácter excepcional por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque su empleo implica una seria limitación a la autonomía individual de los sujetos afectados. Nótese que, entre otras cosas, los miembros del grupo ya no podrán escoger si llevar adelante o no su caso en sede judicial, ni mucho menos con qué abogado hacerlo, cuándo y dónde, cómo presentar sus argumentos, qué pruebas aportar, etc.<sup>215</sup>

En segundo lugar, porque su utilización implica también una redefinición de la idea clásica de debido proceso legal. Este tipo de sistema de tutela colectiva descansa sobre la ficción de considerar presentes en el debate a los integrantes del grupo a través de un representante que, como fue señalado, no escogieron voluntariamente. Es por ello que el derecho a ser oído por el juez se limita aquí a ser oído a través de tal atípico gestor de intereses ajenos y exige una adecuación del trámite que permita minimizar al máximo los riesgos y daños que pueden derivarse de la ausencia del interesado en el proceso.

## **1.2. La influencia de las tradiciones jurídicas sobre la definición del campo de actuación del proceso colectivo: *civil law* (enfoque en derechos) y *common law* (enfoque en conflictos)**

La mayoría de los países del mundo responden a alguna de las dos tradiciones legales más importantes de la historia del derecho: *common law* o *civil law*. La primera de ellas encuentra su origen durante la Edad Media en Inglaterra y fue transmitida desde dicho país hacia otros continentes a través de sus numerosas colonias. La segunda, a su turno, se desarrolló al mismo tiempo en Europa continental y también fue transmitida a las colonias situadas en distintos lugares del mundo, especialmente aquellas españolas y portuguesas. Es por ello

<sup>215</sup> TIDMARSH, J., *Rethinking Adequacy of Representation*, 87 Tex. L. Rev. 1137.

que esta última se convirtió en la tradición principal de los países que componen la región latinoamericana<sup>216</sup>.

En términos generales, puede decirse que estas tradiciones han intentado reflejar y sistematizar una serie de elementos culturales vinculados con el derecho, tanto desde el punto de vista institucional como en lo que hace al modo de enseñarlo y aplicarlo. Así, en sus versiones “puras”, el *common law* se caracteriza por ser una tradición generalmente no codificada y fundada en el precedente judicial, mientras que la tradición del *civil law* es conocida por un derecho codificado, tanto sustancial como procesal, donde los jueces son meros aplicadores de la ley<sup>217</sup>.

Otro aspecto diferencial entre ambas tradiciones, estrechamente vinculado con el que señalamos hace un momento, es el rol del juez en lo que hace a la definición del alcance del derecho. Mientras que en la tradición de *common law* ese rol es muy fuerte, no sucede lo mismo en los países de *civil law*. Como explica Merryman, esto puede explicar por qué los “héroes” de la historia del derecho inglés y estadounidense son jueces, mientras que ese lugar es ocupado por doctri-narios en España, Francia y otros países tributarios del *civil law*<sup>218</sup>.

Si bien la distinción entre sistemas de *civil law* y *common law* puede considerarse en gran medida superada por motivos de la más diversa índole<sup>219</sup>, no podemos soslayar que con base en ellas se han construido y sostenido a lo largo del tiempo ciertas prácticas y concepciones muy arraigadas sobre el derecho. Algunas de ellas merecen ser destacadas aquí por incidir directamente sobre el diagrama de la tutela procesal diferenciada de tipo colectivo.

---

<sup>216</sup> Cf. The Robbins Collection “*The Common Law and Civil Law Traditions*”, University of California at Berkeley School of Law, disponible en <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html> (última visita el 2/1/17). Allí se explica que durante los siglos XIX y XX la tradición de *civil law* fue también adoptada en países que antes respondían a otros esquemas, tales como Rusia y Japón, y que buscaron reformar sus sistemas legales para ganar poder económico y político comparable con los Estados Nación de Europa occidental.

<sup>217</sup> Cf. The Robbins Collection “*The Common Law and Civil Law Traditions*”, University of California at Berkeley School of Law, disponible en <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html> (última visita el 2/1/17).

<sup>218</sup> MERRYMAN, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, Ed. Fondo de Cultura de México, México, 1ª reimpresión (1979), p. 159.

<sup>219</sup> En general ver el análisis de TARUFFO, M., *El ‘Civil Law’ y el ‘Common Law’: aspectos fundamentales*, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Ed. Temis S.A., Bogotá (2006), pp. 57-85.



Desde esta perspectiva, la influencia de las tradiciones jurídicas es innegable a la hora de definir el ámbito de actuación de esta tutela. Es decir, el propio objeto de los procesos colectivos. Es por ello que los ordenamientos nacionales deberían tenerla en especial consideración para construir sistemas adecuados que comulguen con la idiosincrasia local, evitando copiar y trasladar automáticamente modelos que obedecen a otras premisas culturales.

Sucede que en la tradición jurídica del *civil law* (también conocida como “romano canónica” o “continental europea”) las normas legales son estudiadas y utilizadas principalmente a través de abstracciones y definiciones de índole dogmática: principios legales y conceptos son los instrumentos más utilizados para aplicar la ley a los hechos<sup>220</sup>. Una de tales abstracciones, sobre la cual se construye gran parte de los sistemas jurídicos que responden a esta tradición, es la noción de *derecho subjetivo*.

¿Qué derivaciones tiene este fenómeno en la arena del derecho procesal? Una de las más relevantes es que funciona como un condicionamiento a la actuación de los tribunales de justicia y del resto de los operadores jurídicos, quienes asumen que si un sujeto no tiene un derecho reconocido por el derecho positivo, nunca podrá –al menos en principio– tener éxito en el marco de un proceso judicial.

Este cuadro se presenta de modo diferente en los sistemas del *common law*, donde el desarrollo de la experiencia histórica ha traído hasta nuestros días la fórmula *remedies precede rights* (también conocida como *ubi remedium, ibi jus*). En función de ella, se considera al proceso como un *prius lógico*, configurado por la posibilidad de defender ante un juez una determinada situación necesitada de protección. El derecho (*jus*), mientras tanto, solo se entiende configurado

<sup>220</sup> En palabras de Merryman: “Uno de los aspectos más característicos de la manera tradicional civilista de dividir el derecho es el notablemente mayor grado de acentuación y de confianza en la validez y utilidad de las definiciones y de las distinciones formales. Mientras los abogados del derecho consuetudinario tienden a considerar la división del derecho como convencional, esto es, como el producto de una mezcla de historia, conveniencia y hábitos, la influencia de los juristas y particularmente de la ciencia jurídica ha conducido a los abogados civilistas a tratar la cuestión de la división del derecho en términos más reglamentarios (...) las definiciones y categorías son consideradas como científicamente derivables de cierta clase de realidad jurídica inherente (...) Así, lo descriptivo se fusiona con lo normativo...” (cf. MERRYMAN, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, Ed. Fondo de Cultura de México, México, 1ª reimpresión (1979), p. 159).

si la situación invocada por el interesado resulta reconocida por el juez como merecedora de tutela.

Algunos autores consideran que la relación entre ambas nociones (derecho y remedio) se presenta como una paradoja similar a la del huevo y la gallina<sup>221</sup>. Sin embargo, lo cierto es que la mencionada fórmula ha tornado posible, en aquellos sistemas, no anclar el campo de aplicación del proceso a un mapa prefabricado de situaciones calificadas *a priori* como derechos<sup>222</sup>.

¿Cómo han influido estas tradiciones jurídicas en el desarrollo de los sistemas procesales colectivos? Tomaremos como ejemplo los casos de Brasil y Estados Unidos, escenarios paradigmáticos del fenómeno a nivel global.

### **1.2.1. Tradición de civil law: enfoque en derechos**

En la República Federativa del Brasil podemos encontrar un mecanismo de discusión colectiva relativamente nuevo, sobre el cual profundizaremos un poco más adelante. Vale subrayar por ahora que dicho país es uno de los pocos tributarios del *civil law* que ha desarrollado en esta arena un régimen orgánico de tutela diferenciada de derechos<sup>223</sup>.

Más aún: fue el primero en introducir en la región iberoamericana un mecanismo de protección específico para derechos difusos y colectivos de naturaleza indivisible, a los cuales se sumaría posteriormente el mecanismo de defensa de los llamados intereses o derechos *individuales homogéneos*<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> WOLCHER, L. E., *The Paradox of Remedies: The Case of International Human Rights Law*, 38 Colum. J. Transnat'l L. 515 (2000).

<sup>222</sup> Cf. COMOGLIO, L. P.; FERRI, C., y TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, Ed. Il Mulino, 4ª edición, Bologna (2006), Tomo I, pp. 30-31.

<sup>223</sup> A nivel constitucional, encontramos los institutos de representación de las entidades asociativas (art. 5, XXI), el pedido de seguridad colectiva (art. 5, LXX, CF/88), la acción popular (LXXIII), la sustitución procesal para los sindicatos (art. 8, III) y la acción civil pública (art. 129, III). En el plano reglamentario se destacan las leyes N° 4.717/65 (acción popular), N° 7.347/85 (acción civil pública) y N° 8.078/90 (código de defensa del consumidor).

<sup>224</sup> Cf. PELLEGRINI GRINOVER, A., *Acoes coletivas Ibero-Americanas: novas questoes sobre a legitimacao e a coisa julgada*, Relato por Brasil en el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en la Universidad Tor Vergata, Roma (mayo de 2002).

Es posible ubicar los orígenes del sistema colectivo brasileño en los estudios académicos realizados en Italia hacia fines de la década del sesenta<sup>225</sup>. La fuerte influencia de la tradición jurídica romano-canónica sobre este sistema puede advertirse en el hecho que el primer y fundamental paso dado en pos de la implementación de la tutela diferenciada fue establecer –en normas positivas– ciertos derechos sustantivos y atribuirlos a determinados grupos. Como explica Gidi, los operadores jurídicos brasileños asumieron que si el sistema legal no reconocía específicamente tales derechos, el proceso colectivo no tenía razón de ser, ya que configuraría un instrumento procesal sin objeto que proteger<sup>226</sup>.

En este orden, la Constitución Brasileña y diversas leyes sustantivas dictadas en las décadas de 1980 y 1990 crearon las abstracciones necesarias para permitir la implementación de un sistema procesal de tutela colectiva. Entre dichas normas se destaca especialmente el art. 81 del Código de Defensa del Consumidor (CDC), el cual colocó un título legal a los derechos de grupo (derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos).

Al respecto Zanetti Jr. sostiene que *“Los juristas brasileños fundaron los estudios preliminares sobre derechos difusos no en los autores del common law americano, donde está vigente el modelo de las class actions más conocido del mundo, sino, principalmente, en la interpretación que los juristas Italianos de la década del setenta confirieron al Derecho norteamericano”*<sup>227</sup>.

Sobre esas premisas, no solo se “crearon” estos derechos colectivos sino que también los definieron en el cuerpo mismo de la ley. Según afirma Gidi, estas conceptualizaciones permitieron facilitar la aplica-

<sup>225</sup> Cf. GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*, en The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N° 2 (Spring, 2003). Según el citado autor, este origen demuestra que las acciones colectivas brasileñas son una derivación indirecta del sistema de acciones de clase estadounidense (cf. GIDI, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo (2007), p. 17).

<sup>226</sup> Cf. GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*, en The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N° 2 (Spring, 2003).

<sup>227</sup> ZANETTI JR., H., *De la ley a la constitución. La positivización de los derechos difusos y colectivos en la Constitución brasileña*, en Revista Jurídica del Perú, Tomo 126 (agosto, 2011), pp. 65-81.

ción judicial de las nuevas reglas procesales y ayudaron a determinar el objeto del proceso colectivo<sup>228</sup>.

De acuerdo con el art. 81 del CDC tenemos:

- (i) *Derechos difusos*: aquellos transindividuales (desde la perspectiva subjetiva) e indivisibles (desde la perspectiva objetiva) que pertenecen a un grupo indeterminado de personas previamente vinculadas por una circunstancia de hecho o situación específica común. Podemos encontrar ejemplos de este tipo de derechos en aquellos que permiten enfrentar situaciones de publicidad engañosa, reclamar la recomposición del medio ambiente afectado por contaminación y aquellas situaciones de vulneración del patrimonio histórico, artístico y/o cultural, entre otros.
- (ii) *Derechos colectivos stricto sensu*: también transindividuales e indivisibles, pero pertenecientes a un grupo más específico de personas que se encuentran relacionadas entre sí o con la contraparte por una relación jurídica base. Ejemplos de ello pueden encontrarse en situaciones de afectación de derechos por cierto acto jurídico o conducta, pública o privada, de consecuencias indivisibles sobre un grupo cuyos integrantes pueden determinarse (cierto grupo étnico, personas privadas de su libertad en determinado establecimiento penitenciario, personas con determinada discapacidad, entre otros).
- (iii) *Derechos individuales homogéneos*: si bien son derechos individuales y divisibles, comparten un origen común. Aquí no hay propiamente derechos colectivos sino una sumatoria de derechos individuales que, atento su similitud, habilitan un enjuiciamiento concentrado. Entre los ejemplos que ilustran este tipo de derechos se encuentran los vinculados con cuestiones tributarias y contractuales de adhesión en general, entre otros. Según Rodrigues Wambier el reconocimiento legal de este tipo de derechos fue “la mayor de las innovaciones de las últimas dos décadas” en el sistema jurídico brasileño<sup>229</sup>.

La diferencia más importante, por sus consecuencias procesales y efectos prácticos, se presenta entre estos últimos y las dos primeras categorías. Para explicar esa diferencia cabe echar mano a la tradicio-

---

<sup>228</sup> Cf. GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, UNAM, México (2004), p. 50.

<sup>229</sup> RODRIGUES WAMBIER, L., *Liquidação da sentença civil*, 4ª edición, Ed. Revista dos Tribunais, p. 257.

nal definición de Barbosa Moreira, según la cual los difusos y colectivos *stricto sensu* son “derechos esencialmente colectivos”, mientras que los individuales homogéneos son “derechos accidentalmente colectivos”<sup>230</sup>.

La influencia de la tradición de *civil law* se trasladó del modelo brasileño al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (en adelante “CMPC” o “Código Modelo”), redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en su versión definitiva por dicha Institución en el año 2004<sup>231</sup>.

Según se explica en su Exposición de Motivos, el objetivo del proyecto fue redactar “un Código que pudiese servir no solo como receptor de principios, sino también como modelo concreto para inspirar las reformas, de modo de tornar más homogénea la defensa de los intereses y derechos transindividuales en países de cultura jurídica común. El Código –como su propia denominación dice– debe ser tan solo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo”.

Allí, sin embargo, el modelo de categorización fue simplificado en comparación con el brasileño. En este sentido, su art. 1 estableció como “ámbito de aplicación de la acción colectiva” solo dos categorías de derechos: difusos e individuales homogéneos: “Art 1º. - *Ámbito de aplicación de la acción colectiva - La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:*

*I.- Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho*

<sup>230</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C., *Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*, en *Temas de Direito Processual*, 3 série (1984), p. 193.

<sup>231</sup> Asimismo, se destaca allí que “El modelo aprobado se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existe en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas existentes, de modo de llegar a una propuesta que pueda ser útil para todos. Evidentemente, se analizaron la sistemática norteamericana de las *class actions* y la brasileña de las acciones colectivas, pero la propuesta ahora presentada se aparta en diversos puntos de los dos modelos, para crear un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos. Todo esto fue tenido en cuenta para la preparación del Proyecto, que acabó, por eso mismo, perdiendo las características de modelo nacional, para adquirir efectivamente las de un verdadero sistema iberoamericano de procesos colectivos, celoso de las normas constitucionales y legales ya existentes en los diversos países que componen nuestra comunidad” (apartado 5).

*o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;*

*II.- Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”.*

Puede advertirse cómo el CMPC puso el foco en el carácter divisible o indivisible del derecho en discusión (o, más bien, del tipo de solución que puede obtenerse del sistema de justicia) y eliminó la doble categoría de situaciones indivisibles prevista en el CDC brasileño.

### **1.2.2. Tradición del common law: enfoque en conflictos**

En los Estados Unidos, por el contrario, el sistema establecido en la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 (FRCP 23) que una acción de clase puede ser iniciada cuando, además de encontrarse reunidos ciertos prerequisites, es posible subsumir el conflicto en alguna de las situaciones previstas en las subdivisiones (b)(1), (b)(2) y (b)(3) de dicha norma. Similar enfoque fue adoptado por los sistemas de acciones de clase implementados en distintas provincias de Canadá<sup>232</sup>.

En el contexto del sistema estadounidense, al cual tomaremos como ejemplo, el objeto y la admisibilidad de una pretensión colectiva se configuran por la presencia de determinada situación de hecho o de derecho coyuntural y ponderable en cada caso. Gidi señala que se trata de “tipos” o “categorías” de acciones colectivas, pero como esta concepción no es de uso común en la doctrina procesal estadounidense, resulta adecuado denominarlas “hipótesis de cabimiento”<sup>233</sup>.

Si en línea de principio puede considerarse al pragmatismo como una nota diferencial del proceso judicial estadounidense<sup>234</sup>, las *class*

<sup>232</sup> En general sobre el tema en dicha jurisdicción consultar WALKER, J.; WATSON, G. D.; BRASIL, L.; EIZENGA, M. A.; HAYLEY, R. H.; JONES, C. E.; KALAJDZIC, J.; KLEEFELD, J. C.; PICHÉ, C.; POLTAK, C. y ROSENBERG, H. M., *Class Actions in Canada: Cases, Notes and Materials*, Emond Montgomery Publications (2013), Capítulo 2.

<sup>233</sup> GIDI, A., *Las acciones Colectivas en Estados Unidos*, en GIDI, A., y FERRER MAC-GREGOR, E., (coordinadores) *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, Ed. Porrúa, México (2003).

<sup>234</sup> Pragmatismo que, junto con otras notas distintivas, lleva incluso a calificarlo como único en comparación con otros países tributarios de la misma tradición jurídica [sobre el argumento puede verse CHASE, O. G., *American ‘Exceptionalism’ and Comparative Procedure*, 50. Am. J. Comp. L. 277 (2002); MARCUS, R. L., *Putting*

*actions* configuran tal vez el escenario donde esta característica puede observarse en su mayor esplendor<sup>235</sup>.

El principal reflejo de la influencia de la tradición del *common law* en este aspecto puede verse en el hecho que los redactores de la FRCP 23 (así como todos sus antecesores) evitaron introducir especies o categorías abstractas de intereses o derechos subjetivos para ser tutelados (como hicieron sus pares brasileños), estableciendo en cambio ciertas posibles situaciones conflictivas frente a las cuales el sistema considera razonable poner a disposición de los afectados el instrumental colectivo para propender a su desactivación. Veamos cuáles son:

- (i) En la FRCP 23(b)(1) se encuentran presentes dos subtipos de situaciones conflictivas individualizada, ambas en estrecha correlación con hipótesis que pueden considerarse como de litis-consorcio necesario.

La primera de ellas se presenta cuando la promoción de distintas acciones individuales por parte de los integrantes de la clase (o contra ellos) puede derivar en el riesgo de generar decisiones inconsistentes o conflictivas frente a los miembros del grupo o el establecimiento de modelos de conducta incompatibles para la contraparte (b)(1)(A). Entre este tipo de acciones se cuentan por ejemplo aquellas que pretenden obtener la declaración de nulidad de un acto administrativo de alcance general.

La segunda, en cambio, se presenta cuando el riesgo resultante de la multiplicación de acciones individuales sea el de producir decisiones frente a los integrantes de la clase que pudieran en la práctica perjudicar los intereses de los otros miembros, o bien impedir o disminuir sustancialmente su capacidad de protegerlos (b)(1)(B). El típico ejemplo de esta acción de clase tiene un objetivo similar al procedimiento de concursos y quiebras: impedir que quienes llegan primero puedan cobrar la totalidad de su crédito desplazando a los demás. Por eso se la denomina “acción de clase por fondo limitado” (*limited fund class action*).

- (ii) En la sección (b)(2) se prevé el supuesto en que la contraparte ha actuado o se ha negado a hacerlo sobre bases generalmente apli-

---

*American Procedure Exceptionalism into a Globalized Context*, 53 Am. J. Comp. L. 709 (2005).

<sup>235</sup> Señalando algunas derivaciones concretas de este tipo de enfoque, GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N° 2 (Spring, 2003).

cables a toda la clase, por lo cual la solución del conflicto finca en principio en la obtención de una sentencia declarativa o una orden de hacer o no hacer por parte del tribunal (*injunctions*). Usualmente son utilizadas en la defensa de derechos constitucionales (especialmente en causas contra conductas discriminatorias), aunque han sido empleadas también en otros campos.

- (iii) Finalmente encontramos regulada en el apartado (b)(3) la situación conflictiva que mayores discusiones ha generado en la doctrina, configurada por aquellos casos donde las cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión que afecte a los miembros individualmente, y la tutela colectiva se erige como una técnica superior a otros métodos disponibles para el justo y eficiente juzgamiento del conflicto. Este tipo de acción reviste una característica predominantemente indemnizatoria, es conocida comúnmente como *class action for damages* o *common question class action*, y asume un carácter residual en relación con los tipos anteriormente analizados.

La principal diferencia que presenta esta última situación con las otras tres ya mencionadas es que la tutela colectiva no se impone por la indivisibilidad de la situación conflictiva ni por la necesidad de dar solución uniforme a la controversia, sino por simple conveniencia práctica y razones de economía procesal. De ahí que deba demostrarse también que la acción intentada se presenta como una técnica superior a los demás métodos disponibles para la resolución del conflicto.

Este breve análisis nos permite comprobar que el objeto del proceso colectivo se configura allí por situaciones de hecho o de derecho, coyunturales y valorables en cada caso particular. De este modo, se evitan enunciaciones dogmáticas de derechos como forma de definir apriorísticamente la admisibilidad de la tutela colectiva, poniendo en cambio el énfasis en el aspecto pragmático y teleológico del instrumento procesal.

### **1.3. El conflicto colectivo como elemento justificante de la tutela diferenciada**

En este trabajo asumimos como premisa justificante de la tutela colectiva la existencia de un conflicto colectivo como algo diferente del conflicto individual. Esta toma de posición tiene como fundamen-



to (y ventaja) el hecho de permitir dos cosas que entendemos muy importantes.

La primera de ellas es la posibilidad de justificar racionalmente la necesidad de contar con un mecanismo de debate diferente del proceso tradicional que permita desactivar el conflicto colectivo respetando las garantías judiciales de todos los sujetos involucrados y optimizando los recursos disponibles en el sistema de justicia, evitando discusiones sobre esencias y naturalezas jurídicas que poco aportan para comprender la problemática que nuestras sociedades están enfrentando en el campo de la administración de justicia.

La segunda es abordar el fenómeno de la tutela procesal colectiva desde una perspectiva orgánica y de sistema, evitando enfoques sectoriales determinados por la materia de fondo involucrada (enfoques muy comunes entre los países tributarios de la tradición jurídica romano-canónica)<sup>236</sup>.

Estos conflictos colectivos a que nos referimos son un fenómeno extraprocesal que configuran con independencia del tipo de derecho sustantivo vulnerado y reúnen, cuanto menos, cinco características que permiten diferenciarlos del conflicto individual, a saber:

- (i) *Elevado número de sujetos afectados*: la presencia de un elevado número de personas afectadas es central ya que solo debería acudir a la tutela colectiva de manera excepcional como señalamos. Si el asunto puede atenderse por otros cauces, por ejemplo mediante un litisconsorcio, el conflicto debería tramitar por los cauces tradicionales. Este recaudo configura uno de los prerrequisitos exigidos por la FRCP 23 (denominado *numerosity*)<sup>237</sup>.
- (ii) *Posición similar de los sujetos afectados frente al agente dañoso*: en segundo lugar el conflicto colectivo puede identificarse por la circunstancia de que todos los sujetos afectados se encuentran en una posición similar frente al eventual demandado, sea por compartir una determinada situación de hecho o de derecho entre ellos, o bien por hacer lo propio con la contraparte.

<sup>236</sup> TARUFFO, M., *Some remarks on group litigation in comparative perspective*, 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 405.

<sup>237</sup> Según Fiss y Bronsteen, solo la presencia de un gran número de sujetos afectados es demostrativa de un daño social de suficiente magnitud como para justificar el tipo de representación excepcional que caracteriza a las *class actions* (FISS, O., y BRONSTEEN, J., *The Class Action Rule*, Notre Dame L. Rev. Vol 78:5, p. 1423).

Esto también es fundamental porque genera una comunión de intereses entre aquel número relevante de individuos, sin importar si la vulneración recae sobre bienes individuales o colectivos. Esto, a su turno, permite juzgar concentradamente el asunto y obtener una solución común para todos.

(iii) *Trascendencia social, económica y/o política de su discusión y resolución en sede judicial*: una tercera nota presente en este tipo de conflictos puede identificarse en la trascendencia social, económica y/o política que encierra su eventual discusión y resolución en sede judicial, con la consecuente necesidad de generar un debate mucho más amplio que aquel que exige la resolución de un conflicto individual<sup>238</sup>. Sucede que la confluencia de muchos sujetos involucrados en el conflicto pone en jaque la tradicional noción de “caso judicial”, dando paso a la noción de “caso judicial colectivo” y provocando con ello el dictado de decisiones que asumen características cuasi administrativas o cuasi legislativas<sup>239</sup>.

Se trata de conflictos cuya desactivación en sede judicial implica definir el destino de importantes recursos públicos, habilitar el acceso al diálogo democrático de grupos históricamente relegados, y provocar efectos prácticos similares a la derogación de leyes formales de los cuerpos legislativos. Por todo ello, el temor de politizar la justicia aflora con todas sus fuerzas frente a este fenómeno, lo que en principio no ocurre (o al menos no es igualmente percibido de ese modo) en el marco de conflictos individuales<sup>240</sup>.

<sup>238</sup> Ver UCIN, C., *El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos*, RDP 2009-1, p. 353 (donde se refiere a las dificultades que afloran con motivo del contenido plural de las cuestiones ventiladas en este tipo de procesos y sus raíces estructurales, lo cual impone un tratamiento inclusivo y dialógico tanto de los posibles afectados cuanto de los otros órganos de gobierno).

<sup>239</sup> Como sostiene Damaška, la discusión en sede judicial sobre aspectos de interés público involucra a los tribunales en actividades administrativas de supervisión e incluso en el ejercicio de “mini legislation” (DAMAŠKA, M. R., *The faces of justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven and London (1986), p. 237).

<sup>240</sup> Este temor es destacado por Damaška como una característica presente con mayor fuerza en los esquemas de distribución de poder de tipo jerárquico (como la gran mayoría de los Estados que conforman la región Latinoamericana) que en aquellos signados por una distribución de tipo horizontal (como el estadounidense) (ver DAMAŠKA, M. R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven and London (1986), nota N° 33, p. 117).

- (iv) *Mayor exigencia de tratamiento unitario*: una cuarta característica tiene que ver con la mayor presión que estos conflictos generan sobre el sistema de administración de justicia a efectos de obtener de este una respuesta única para todos los sujetos afectados. Como veremos más adelante al abordar las ventajas que aparejan los procesos colectivos, aun cuando la posibilidad de sentencias contradictorias ante un mismo hecho lesivo es una realidad inherente al sistema federal y a la división del trabajo de los tribunales por territorio y función (entre otros factores, que se suman a los principios que gobiernan el proceso civil), dicho fenómeno provoca serios cuestionamientos cuando es analizado a la luz del derecho de igualdad.

La existencia de un conflicto colectivo, donde numerosas personas se encuentran en situación similar ante el demandado, refuerza esos cuestionamientos y opera ejerciendo mayor presión sobre el sistema para obtener una solución común del asunto. Más aun en aquellos casos donde el objeto de la pretensión colectiva es indivisible, la solución unitaria del conflicto se torna exigible también para evitar que el demandado tenga que enfrentarse con órdenes contradictorias. Nada de esto sucede en los conflictos individuales.

- (v) *Externalidades económicas indeseadas que se derivan del no tratamiento colectivo*: finalmente, pero no por ello menos importante, los conflictos colectivos pueden ser identificados por las externalidades económicas de tipo negativo que provoca su discusión atomizada ante la justicia por iniciativa de cada uno de los sujetos afectados. Es que la multiplicación de conflictos individuales similares puede ser la causa de un conflicto colectivo.

Si pensamos en términos de *naturalezas jurídicas*, rápidamente se podría objetar que ello no resulta posible ya que el elemento cuantitativo no puede modificar las cualidades del objeto. Sin embargo, si pensamos el fenómeno en términos pragmáticos y lo enfocamos desde el funcionamiento concreto del servicio de justicia, encontraremos razones más que suficientes para justificar la afirmación efectuada.

Sucede que a la luz del derecho de acceso a la justicia y en el marco de la autonomía individual garantizada por el ordenamiento convencional y por las distintas constituciones nacionales de los países de la región, es perfectamente válido que cada uno de los sujetos afectados ante determinado hecho u omisión promueva una demanda con el objeto de solucionar su conflicto. El asunto es que si analizamos esta posibilidad –reitero: perfecta-

mente válida— desde el enfoque propuesto, el elemento cuantitativo puede efectivamente derivar en problemas cualitativos, ya que el sistema de justicia deberá afectar enormes cantidades de recursos humanos y materiales para juzgar las mismas cuestiones frente a los mismos demandados.

Y ello no solo resulta disvalioso en sí mismo, sino que además (teniendo en cuenta que los recursos son por regla insuficientes) puede provocar el colapso de los tribunales y la consecuente afectación del trámite de otras causas que allí se litiguen<sup>241</sup>.

#### **1.4. Opciones procesales para la discusión de conflictos colectivos en sede judicial: necesario redimensionamiento del método de debate**

En términos muy generales, puede afirmarse que en el marco de una sociedad democrática, el proceso judicial es un instrumento para solucionar conflictos. Instrumento que opera por medio de un método de debate con adecuadas garantías para todos los sujetos involucrados, y finaliza con una sentencia dictada por un órgano del Estado que resuelve el asunto con autoridad de cosa juzgada. Todo esto, desde ya, en el marco de estándares convencionales y constitucionales que determinan el alcance y significado de tales garantías.

Lo dicho implica asumir algunas premisas fundamentales para el análisis y estudio de los modelos y procedimientos de tutela colectiva de tipo representativo, a saber: (i) que el proceso, en cuanto instrumento, es un medio; (ii) que como todo medio solo puede valorarse y justificarse racionalmente en orden a su finalidad; y (iii) que esa finalidad, a su turno, debería servir de norte para diagramar las características que aquél debe reunir.

<sup>241</sup> Ver GIANNINI, L. J., *Fundamentos de la tutela colectiva de los derechos (con particular referencia a los individuales homogéneos)*, ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza (septiembre de 2005). El autor apunta entre sus conclusiones que *“Pretender que resulta más adecuado continuar con la reparación de estos menoscabos masivos a través de reclamos aislados parece notoriamente irrazonable, porque lleva a dos consecuencias posibles, igualmente antifuncionales (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 (...); O se garantiza 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”*.

En este orden, podemos afirmar que solo resulta razonable exigir el establecimiento de vías procesales novedosas y específicas en materia colectiva si se logra identificar la noción de *conflicto colectivo* como algo suficientemente distinto de la de *conflicto individual*. La tutela diferenciada en este campo del derecho solo puede justificarse en la medida que se oriente a resolver conflictos caracterizados por rasgos tales que no puedan ser atendidos eficientemente por las vías ordinarias.

Utilizamos la noción “tutela procesal diferenciada” para aludir a un mecanismo de debate autónomo, de cierta complejidad, empleado a fin de promover una pretensión principal, y que se aparta notoriamente en varios aspectos del proceso tradicional<sup>242</sup>. Como explica Berizonce, la vigencia en nuestra región del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva “*impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico funcionales y procesales, verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas para la salvaguarda de los derechos, y a los jueces el deber de prestar su protección en los casos concretos*”<sup>243</sup>. Es por ello que consideramos que este tipo de tutela no es una opción de política legislativa, sino una verdadera necesidad impuesta por el rango convencional y constitucional del señalado derecho a una tutela judicial efectiva.

En la evolución histórica de esta necesidad de mecanismos diferenciados de defensa judicial de derechos es posible advertir cómo a la tradicional tutela privilegiada de la propiedad mediante procesos especiales tales como los interdictos, acciones posesorias y sumarias, pueden sumarse ahora “*en función de las nuevas escalas valorativas, la protección diferenciada de los derechos del trabajo y la seguridad social, y de aquellos personalísimos (a la intimidad, a la dignidad, a la salud, a la no discriminación, a la exclusión de la violencia familiar, a la calidad de vida en general, etc.); tanto como las situaciones subjetivas de ciertas categorías de personas desventajadas (niños, mujeres, ancianos, discapacitados) y aún, la de los derechos de los consumidores y usuarios, los vinculados con el medio ambiente, el patrimonio*

<sup>242</sup> Ver algunas de estas notas en PEYRANO, J. W., *¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?*, RDP 2008-II, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 21-34.

<sup>243</sup> Cf. BERIZONCE, R. O., *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*, RDP 2008-II, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 39.

*cultural y artístico común, los que generan las pequeñas causas, los que derivan de la ‘coexistencialidad’ en general”<sup>244</sup>.*

Desde esta perspectiva de análisis, el punto neurálgico de la cuestión es que no parece posible –al menos en principio– brindar una solución orgánica y de conjunto a los conflictos colectivos partiendo de la modificación de una estructura procesal que nació para atender problemas de otras características y proporciones.

La necesidad de una tutela diferenciada en este campo viene impuesta por las complejidades involucradas en la mayoría de los conflictos colectivos, o bien –cuando se trata de “casos fáciles” desde el punto de vista jurídico– por la trascendencia social, económica y política que conlleva su resolución y decisión en sede judicial, así como por las dificultades que supone lograr la implementación oportuna, efectiva y eficiente de las decisiones recaídas en tales asuntos (tal como veremos sobre el final de este trabajo).

Ocurre que en cualquiera de estos supuestos, las vías tradicionales de discusión se muestran insuficientes para abordar la problemática, ya que en el primer supuesto resultará necesario contar con una mayor amplitud probatoria y de debate (pensemos en casos de contaminación ambiental, cartelización de industrias, o daños masivos por productos elaborados, entre otros), mientras que en el segundo será indispensable, cuanto menos, ampliar el debate para permitir la participación de quienes se verán afectados por la cosa juzgada de la sentencia (conflictos que impliquen la afectación de derechos políticos y sociales de algún grupo, intervención de distintos grupos con intereses encontrados, entre otros), así como contar con herramientas para lograr su implementación.

El desarrollo de un debate adecuado y acorde con los intereses implicados y con el número de personas que se verán afectadas por la decisión a tomar impone la necesidad de contar con un escenario orgánico y procesal donde el conflicto pueda ser ventilado sin ápices formales y a través de mecanismos que aseguren algún grado de participación a quienes resultarán afectados por el decisorio. Esta participación no debería limitarse a la tradicional posibilidad de introducir argumentos, defensas o pruebas. También debería significar que los

---

<sup>244</sup> Cf. BERIZONCE, R. O., *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*, RDP 2008-II, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 44.

elementos relevantes aportados sean expresamente valorados para la resolución del conflicto<sup>245</sup>.

Al mismo tiempo, como parte del método de debate este tipo de conflictos exige la instrumentación de herramientas tales como audiencias públicas, *Amicus Curiae* o análisis de incidencia. Más aun, es posible observar cómo muchos de estos conflictos obligan a repensar el sentido y razón de ser de la discusión, rompiendo con la lógica bilateral de vencedores y vencidos. Esto obedece a sus características policéntricas, de escala y muchas veces estructurales, todo lo cual profundiza la necesidad de entender al espacio judicial como una instancia para provocar otro tipo de diálogo y prácticas institucionales.

Sobre este aspecto el CMPC establece en su art. 4 que *“Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código son admisibles todas las acciones aptas para propiciar su adecuada y efectiva tutela”*. De ese modo, el menú de posibilidades resulta lo suficientemente abierto y amplio como para permitir a los operadores (especialmente al juez de la causa) escoger el campo donde habrá de desarrollarse la discusión.

## II. PANORAMA GENERAL DE LA REGULACIÓN EN ARGENTINA, BRASIL, CHILE, COLOMBIA Y MÉXICO

Antes de avanzar sobre las finalidades de los procesos colectivos, en este capítulo presentaremos una reseña de la regulación de los procesos colectivos en algunos países de la región latinoamericana. La selección de estos cinco países obedece al hecho de ser los que mayor grado de evolución presentan en la materia, tanto a nivel legislativo como en sus prácticas judiciales.

### a. Argentina

La República Argentina es un país federal cuyo Estado central coexiste con 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual

<sup>245</sup> Benedetti y Sáenz han desarrollado en Argentina una investigación muy interesante sobre las audiencias públicas celebradas por la CSJN a fin de constatar la apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia a través su utilización. El resultado es elocuente: casi absoluta discrecionalidad en el uso de esa herramienta, subutilización, obliteración de voces y asimetría de trato como elementos definitorios (BENEDETTI, M. Á., y SÁENZ, M. J., *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016).

tiene un status particular reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Los poderes del gobierno federal son solo aquellos que han sido delegados por las provincias. El sistema político supone que todo poder no expresamente delegado queda en manos de estas últimas.

En materia de administración de justicia debemos tener en cuenta que el artículo 5 de la Constitución Nacional Argentina (CNA) establece, como condición para el reconocimiento de la autonomía de las provincias argentinas, la obligación de organizar su propio sistema de justicia. Esta obligación incluye las pertinentes regulaciones orgánicas y procesales, así como el consiguiente poder para sancionarlas, ya que se trata de un poder no delegado al gobierno federal (sin embargo, como veremos más adelante, la CSJN ha reconocido la constitucionalidad de normas procesales dictadas por el gobierno federal para regir en la órbita provincial bajo ciertas condiciones).

En lo que hace a la tutela procesal colectiva de derechos, no es posible encontrar en el orden federal argentino un mecanismo procesal comprensivo para enfrentar conflictos que involucran grandes grupos de personas<sup>246</sup>. Lo mismo sucede a nivel local, aun cuando diversas provincias han avanzado en algunos aspectos dignos de ser tenidos en cuenta<sup>247</sup>. La falta de un mecanismo procesal adecuado a nivel federal es particularmente problemática debido a dos hechos provocados por la reforma constitucional de 1994: (i) el reconocimiento constitucional de ciertos derechos subjetivos colectivos denominados “derechos de incidencia colectiva”; y (ii) el reconocimiento constitucional de la legitimación de ciertos actores sociales para promover acciones en defensa de tales derechos.

---

<sup>246</sup> Para una explicación del problema, ver OTEIZA, E., *La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ‘ampare’*, en OTEIZA, E., (Coordinador) *Procesos Colectivos*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2006). Para una reseña de algunos de los precedentes más importantes en materia de tutela procesal colectiva en Argentina y una discusión más profunda acerca de los problemas ocasionados por la ausencia de medios procesales adecuados, particularmente después de la reforma constitucional de 1994, ver GIANNINI, L. J., *La Tutela Colectiva de Derechos Individuales Homogéneos*, Librería Editora Platense, La Plata (2007); SALGADO, J. M., *La corte y la construcción del caso colectivo*, L. L. 2007-D, 787; SALGADO, J. M. *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Bs. As. (2011); VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2007).

<sup>247</sup> Hay diversas leyes locales que regulan mecanismos procesales colectivos en las provincias argentinas. Sin embargo, ninguna de ellas provee un sistema coherente y comprensivo para enfrentar conflictos masivos.



En lo que hace a la primera cuestión (reconocimiento de derechos colectivos en el texto constitucional), cabe destacar que los arts. 41 y 42 CNA configuran el asiento fundamental de la tutela del medio ambiente y de consumidores y usuarios, respectivamente. El art. 41 CNA reconoce el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, a un desarrollo sustentable y a la recomposición del daño ambiental, estableciendo al mismo tiempo el deber de preservarlo.

Esta previsión constitucional también dispone que las autoridades tienen el deber de proteger este derecho y de velar por la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y el acceso a la información y educación ambiental. Además, el art. 41 CNA acuerda poder a la Nación para dictar normas de presupuestos mínimos, dejando en manos de las provincias la potestad de dictar las normas complementarias que fueran necesarias. Por último, prohíbe el ingreso al país de residuos peligrosos y radioactivos.

En cuanto al campo del consumo de bienes y servicios, el art. 42 CNA reconoce el derecho de usuarios y consumidores a un trato equitativo y digno, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, al acceso a una información adecuada y veraz, y a la libertad de elección. Asimismo, al igual que el art. 41, pone en cabeza de las autoridades ciertos deberes entre los cuales se cuentan el de proveer a la protección de estos derechos, brindar educación para el consumo, defender la competencia, garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos y permitir la constitución de asociaciones integradas por consumidores y usuarios.

En el mismo orden, el art. 42 CNA establece que la legislación deberá determinar procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, así como también los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional (debiendo prever la necesaria participación en los organismos de control tanto de las asociaciones de consumidores como de las provincias interesadas).

El art. 43 CNA se refiere también a los “derechos de incidencia colectiva en general”, y en esa categoría pueden ser consideradas –además del consumo y el medio ambiente– materias tales como derechos fundamentales de personas privadas de su libertad, personas con discapacidad, poblaciones originarias, ancianos, niños y adolescentes, entre otros.

Con respecto a la segunda cuestión a que hicimos referencia (reconocimiento constitucional de la legitimación para promover acciones en defensa de derechos colectivos) tenemos que el art. 43 CNA habilitó al “afectado”, al Defensor del Pueblo de la Nación y a ciertas organizaciones intermedias para defender en sede judicial los derechos de grupos de personas *“contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”*.

A ello se suma el art. 86 CNA, el cual incorporó en la Carta Magna la figura del Defensor del Pueblo de la Nación y dispuso que dicha figura *“tiene legitimación procesal”*. Finalmente, vale mencionar el art. 120 CNA, referido al Ministerio Público de la Nación, por cuanto confiere a este autonomía funcional y autarquía financiera, creando así las condiciones de posibilidad necesarias para que el organismo pueda asumir un rol relevante en este campo.

Vale destacar que la reforma constitucional de 1994 optó por un tipo de proceso que es similar al regulado por las acciones de clase estadounidenses y por el sistema brasileño. En efecto, entre las distintas alternativas que podrían utilizarse para defender en un solo litigio la situación de grandes grupos de personas, la CNA eligió un modelo de tipo representativo. Las normas que contienen algún tipo de referencia colectiva como los desarrollos jurisprudenciales ulteriores, pareciesen consolidar un esquema procesal al estilo de la Regla 23 estadounidense, pero sustentado en un enfoque de derechos subjetivos colectivos al modo brasileño.

Las únicas regulaciones federales disponibles en la actualidad para tratar conflictos en clave colectiva son la Ley General del Ambiente N° 25.675 (LGA) y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (LDC). Ambas normas fueron sancionadas por el Congreso de la Nación y pueden ser caracterizadas como leyes “de fondo” por regular mayormente derechos sustantivos. A pesar de tal caracterización, en las dos podemos encontrar ciertas disposiciones procesales aisladas que resultan aplicables, en principio, a casos que involucran conflictos colectivos en esas áreas particulares del derecho.

En este punto es importante aclarar que si bien el poder de promulgar regulaciones procesales es reservado y exclusivo de las provincias argentinas (por no haber sido delegado a la Nación, tal como señalamos al inicio de este apartado), la CSJN ha reconocido el poder del gobierno federal para dictar normas de esta naturaleza que deben ser

aplicadas en las provincias cuando tales normas son consideradas indispensables a fin de garantizar el respeto de los derechos subjetivos en cuestión<sup>248</sup>.

La República Argentina también carece a nivel federal de fueros judiciales especializados en materia ambiental o de consumo<sup>249</sup>. Los conflictos que involucran asuntos ambientales son ventilados, por lo general aunque no exclusivamente, en los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo. En cuanto a los casos de consumo, su discusión se desarrolla principalmente en la jurisdicción comercial a la par de otros asuntos correspondientes a esta amplia área del derecho.

Sin perjuicio de estas tendencias, lo cierto es que la elección del fuero donde promover la acción dependerá de las reglas de competencia tradicionales. Por tanto, puede ocurrir perfectamente que un caso de consumo deba ser promovido en sede contencioso administrativa por encontrarse demandado el Estado nacional (por ejemplo, cuando se solicita la restitución de algún tributo federal percibido sobre un cargo que forma parte de la factura de un servicio público domiciliario);

<sup>248</sup> CSJN en *Correa c/ Barros*, sentencia del año 1923, *Fallos* 138:154. Ver también MERCADER, A. A., *Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento*, Ed. Jurídica Argentina, Buenos Aires (1939). El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que comenzó a regir en agosto de 2015, sancionado por el Congreso Nacional y de aplicación en todo el territorio, contiene una gran cantidad de normas procesales.

<sup>249</sup> En materia ambiental solo pueden encontrarse a nivel federal y en algunas provincias ciertas fiscalías ambientales en el área penal. La primera Fiscalía Ambiental de la República Argentina fue creada por la Resolución de la Procuración general del Tesoro de la Nación N° 123/06 y se denomina Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental, iniciando su trabajo en abril de 2007 y contando con enlaces en las distintas provincias del país. En materia de consumo, vale señalar que en septiembre del año 2014 fue sancionada la Ley N° 26.993 que estableció la "Justicia Nacional de las Relaciones de Consumo". La norma creó un fuero especial conformado por ocho Juzgados de Primera Instancia y una Cámara de Apelaciones de seis miembros. La competencia de este fuero, sin embargo, está limitada a pretensiones con un valor máximo de cincuenta y cinco salarios mínimos vitales y móviles (poco más de veinte mil dólares). Además, el proceso se rige por un trámite de conocimiento abreviado, eminentemente oral, con limitaciones defensivas, probatorias y recursivas, plazos acotados y concentración de actos procesales. Entendemos que no fue pensado para enfrentar conflictos colectivos, lo cual se desprende del monto aludido como límite de competencia y de la falta de normas específicas en materia de tutela colectiva (al margen de alguna aislada previsión referida a legitimación activa, cuyo ámbito de aplicación no termina de vislumbrarse). La vigencia de esta ley, además, se encuentra suspendida por una medida cautelar dictada en el marco de un conflicto judicial que encuentra causa en una disputa de competencias entre el Estado Nacional y la Ciudad de Buenos Aires.

o bien que un caso ambiental sea promovido en sede civil por dirigirse la demanda solamente contra una empresa privada.

La descripción general del estado de situación en Argentina en materia de procesos colectivos exige prestar especial atención a la sentencia dictada por la CSJN a comienzos del 2009 en el caso *Halabi*<sup>250</sup>. Si bien se trata de un caso de consumo, lo cierto es que la CSJN delineó allí por primera vez, y con cierta pretensión de generalidad que ha permitido su aplicación analógica al campo ambiental y a otros derechos también, los caracteres de la “*acción colectiva en tutela de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos*”.

Este caso fue promovido por Ernesto Halabi, un abogado y usuario del servicio de telefonía móvil e Internet. Halabi interpuso una acción de amparo con el objeto de obtener una declaración de inconstitucionalidad de la ley nacional que permitía la observación y revisión de conversaciones telefónicas privadas sin previa orden judicial<sup>251</sup>.

A la hora de resolver el caso, la mayoría de los jueces de la CSJN (cuatro a tres) afirmaron que en la República Argentina es “*perfectamente aceptable*” que los legitimados colectivos deduzcan en los términos del art. 43 CNA “*una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano*” (considerando 19º). Asimismo señalaron que, aun en ausencia de legislación, el art. 43 de la CNA es claramente operativo y debe ser hecho efectivo por los tribunales de justicia.

En igual orden de ideas, la CSJN anunció en esta sentencia cuáles son los requisitos constitucionales mínimos para obtener una decisión colectiva válida en términos de debido proceso legal. Luego de subrayar la ausencia de una regulación procesal adecuada en materia de acciones colectivas<sup>252</sup>, la Corte formuló algunas observaciones a modo

---

<sup>250</sup> CSJN *Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo Ley N° 16.986*, sentencia del 24/02/2009, *Fallos* 332:111.

<sup>251</sup> Ley N° 25.873 y Decreto N° 1563/04 (denominada por la prensa como “Ley Espía”). El asunto llegó a la CSJN con la cuestión de fondo ya resuelta. La Cámara de Apelaciones había confirmado la declaración de inconstitucionalidad de la ley dictada por el magistrado de primera instancia, y había extendido los efectos de la sentencia a todos los usuarios de empresas de telecomunicación que se encontraban en la misma situación que Halabi. Este alcance colectivo de la cosa juzgada de la sentencia fue la única cuestión que debía tratar la CSJN.

<sup>252</sup> Es ilustrativa la opinión brindada por el presidente de la CSJN en un libro publicado poco después del dictado de la decisión en *Halabi* con relación a las carencias

de guía para los operadores jurídicos y con el objetivo de proteger la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo en futuros procesos de esta naturaleza<sup>253</sup>.

Así, la CSJN sostuvo que la “admisión formal” de cualquier acción colectiva debe estar sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) tiene que haber una identificación precisa del grupo de personas que está siendo representado en el caso; (ii) el actor debe ser un representante adecuado; (iii) el reclamo tiene que enfocarse en cuestiones de hecho o de derecho comunes y homogéneas a toda la clase; (iv) debe haber un procedimiento apto para proporcionar notificaciones adecuadas a todos aquellos que puedan tener interés en la resolución del caso; (v) dicho procedimiento debe proveer a los miembros de la clase la oportunidad de intervenir en el proceso u optar por no hacerlo; y (vi) debe haber una adecuada publicidad de la acción para evitar dos problemas diferentes pero relacionados: de un lado, la multiplicidad o superposición de procesos colectivos con causas similares; del otro, el riesgo de opiniones diferentes o incompatibles sobre el mismo asunto.

Los últimos avances en la materia se han producido mediante regulaciones administrativas de la CSJN. Me refiero especialmente a las Acordadas de la CSJN N° 32/2014 –que crea y aprueba el reglamento del Registro Público de Procesos Colectivos, estableciendo una suerte de instancia de certificación del proceso colectivo– y la N° 12/2016 –por medio de la cual se aprobó un Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, regulando allí, entre otras cosas, los requisitos de la demanda colectiva y ciertas cuestiones de competencia por prevención y acumulación de procesos–. Estas dos reglamentaciones se suman a anteriores Acordadas de la CSJN sobre *Amicus Curiae*, audiencias públicas, tratamiento prioritario de asuntos de interés institucional y la creación de una unidad de análisis económico para medir el impacto de las decisiones a dictar.

## b. Brasil

En Brasil los procesos colectivos y las acciones de clase se encuentran reconocidos en el artículo 5° de la Constitución Federal de 1988

---

de la LDC en materia procesal colectiva. Ver LORENZETTI, R., *Justicia colectiva*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2010), pp. 275-276 (sosteniendo que la LDC establece una “acción colectiva”, pero de una “manera muy insuficiente teniendo en cuenta el abundante material comparativo omitido por el legislador”).

<sup>253</sup> Considerando 20° de la opinión de la mayoría.

que se inserta en el Título I “De los derechos y garantías fundamentales”, Capítulo I “De los derechos y deberes individuales y colectivos” de la misma. El inciso LXX expresa que *“El mandato de seguridad colectiva puede ser interpuesto por: a) partido político con representación en el Congreso Nacional; b) organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida en funcionamiento desde por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados”*.

Seguidamente, el inciso LXXIII dispone que *“cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular que busque anular un acto lesivo al patrimonio público o de entidad en la que el Estado participe, la moralidad administrativa, el medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo mala fe comprobada, exento de costas y honorarios judiciales”*.

Sin perjuicio de lo indicado en el artículo 5º, existen otros artículos constitucionales que también tratan la cuestión a través de los sujetos legitimados para instar procesos colectivos o acciones de clase. Un ejemplo de ello es el artículo 129º, relativo a las funciones del Ministerio Público, en cuyo inciso III se establece que deberá *“promover (...) la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos”*.

En idéntico sentido, el artículo 134º establece que *“La Defensoría Pública es institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole, como expresión e instrumento del régimen democrático, fundamentalmente, la orientación jurídica, la promoción de los derechos humanos y la defensa, en todos los grados, judicial y extrajudicial, de los derechos individuales y colectivos, de forma integral y gratuita, a los necesitados, en la forma del inciso LXXIV del artículo 5º de esta Constitución Federal”* (redacción dada por la Enmienda Constitucional N° 80 de 2014).

Por fuera de la Constitución Federal y su mandato de seguridad colectivo, el bloque legislativo brasileño regula varias formas de tutela colectiva de derechos, a saber: (i) Acción popular, Ley N° 4.717/1965; (ii) Acción civil pública (LACP), Ley N° 7.347/1985; y (iii) Acción civil colectiva, Código de Defensa del Consumidor (CDC) Ley N° 8.078/1990. Es de destacar que la Ley de Acción Popular precede a la Constitución Federal ya que data de 1965. Dicha norma regula una acción a través de la cual cualquier ciudadano, en defensa de in-

tereses de la colectividad pero en nombre propio, podrá participar de la vida política del Estado y la fiscalización de la gestión del patrimonio público en un juicio. La doctrina aconseja su lectura en conjunto con el inciso LXXIII del art. 5º de la Constitución Federal<sup>254</sup>.

En términos generales, la legislación brasileña prevé un sistema de legitimación activa amplia ya que podrán interponer este tipo de acciones el afectado y sus sucesores, las asociaciones civiles y distintas instituciones estatales (v. gr. Estados, Municipios, Distrito Federal, entidades u órganos de la Administración Pública, el Ministerio Público, entre otros) de conformidad con los arts. 5 -LXX-, 129 y 134 de la Constitución Federal, 82 del CDC y 5 de la LACP. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que ninguna de las normas señaladas prevé mecanismos para proceder al análisis de la representatividad adecuada de quien pretenda invocar la defensa de un determinado grupo o clase.

En lo que respecta a notificaciones, tampoco existe normativa relevante, salvo el art. 94 del CDC que expresamente indica que *“propuesta la acción, será publicado un anuncio en el órgano oficial, a fin de que los interesados puedan intervenir en el proceso como litisconsortes, sin perjuicio de la amplia divulgación por los medios de comunicación social por parte de los órganos de defensa del consumidor”*.

La LACP protege con su entramado normativo los derechos difusos y colectivos, rigiéndose por sus normas aquellas acciones de responsabilidad por daños morales y patrimoniales causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, por infracción al orden económico, al orden urbanístico, a la honra y a la dignidad de grupos raciales, étnicos o religiosos, al patrimonio público y social y cualquier otro interés difuso o colectivo (arts. 1º LACP y 90 CDC). Por su parte, el

<sup>254</sup> En general sobre el sistema brasileño ver ARENHART, S. C., *A tutela coletiva de interesses individuais*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2013); ARENHART, S. C., *O processo coletivo no direito brasileiro atual*, en OTEIZA, E., (Coordinador) *Processos Coletivos. Class Actions*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2012), pp. 479-486; DIDIER JR., F., y ZANETTI JR., H., *Curso de direito processual civil*, 9ª edición, Tomo 4 Processo Coletivo, Editora Jus Podivm, Salvador Bahía (2014); GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for civil law countries*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, Nº 2 (Spring, 2003), pp. 311-408; GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, UNAM, México, 2004; SCARPINELLA BUENO, C., *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2ª edición, Tomo 2 Direito Processual Público e Direito Processual Coletivo, Ed. Saravia, San Pablo (2012); PELLEGRINI GRINOVER, A.; BENJAMIN, A. H.; ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., y VIGORITI, V. (Organizadores) *Processo coletivo. Do surgimento à atualidade*, Revista dos Tribunais, San Pablo (2014).

CDC protege los derechos individuales homogéneos a través de la acción civil colectiva (arts. 81, 91 y concordantes).

En materia de competencia, la LACP establece un sistema de competencia territorial absoluta a favor de los jueces locales del lugar donde se haya producido el daño o donde deba producirse (art. 2). En oposición a ello, el CDC dispone un sistema de competencia territorial relativa por medio del cual determina que la competencia está en cabeza de la justicia federal (regla general) salvo la competencia de la justicia local para daños de alcance local (art. 93, inc. I CDC) o el foro de la Capital del Estado o del Distrito para los daños de alcance nacional o regional (art. 93, inc. II). Por su parte, el CDC, en sus arts. 97 y 98, establece también pautas de competencia para la liquidación y ejecución de sentencias colectivas.

El bloque normativo en su conjunto dispone diversas normas destinadas a dejar sin efecto las barreras económicas que pudieran frenar cualquier tipo de acción colectiva. Así vemos cómo el art. 5 inciso LXXIII de la Constitución Federal regula la exención de costas judiciales y condena de costas para los legitimados que interpongan acción popular. En línea similar, se prohíbe el adelanto de honorarios periciales y demás costos y costas en los arts. 87 del CDC y 18 de la LACP. Ambas normas, además, eximen de costas y gastos judiciales a las asociaciones civiles, salvo actuación de mala fe.

En los procesos colectivos que involucran intereses difusos o colectivos, el sistema de cosa juzgada es *secundum eventum litis*: según el resultado obtenido, la decisión obligará o no a los miembros del grupo. Cuando la cosa juzgada es favorable al grupo, alcanza a todos los miembros ausentes, pero ante una sentencia desfavorable, se mantienen vivos los derechos individuales de tales personas (arts. 16 LACP y 103 CDC).

De esta forma, si la sentencia resuelve contra el grupo, no podrá iniciarse una nueva acción colectiva por el mismo derecho, pero los miembros podrán reclamar individualmente su pretensión. Se exceptúa de esta regla a aquellos casos en los que la pretensión colectiva es desestimada por falta de pruebas, ya que en tales supuestos queda habilitada la vía para iniciar una acción colectiva posterior con sustento en nuevas pruebas.

En el caso de los procesos colectivos por derechos individuales homogéneos (reconocidos por la doctrina local como “acción colectiva



parcial” e incluso como algo muy similar las *issue class actions* del sistema federal estadounidense), si la acción tiene éxito, beneficiará a todos pero si es rechazada, exigirá determinar si el miembro del grupo intervino como litisconsorte en la acción colectiva. En caso afirmativo, queda atrapado por la sentencia negativa; si no intervino, queda en libertad para promover su acción individual.

Por último, puede destacarse que la LACP establece un principio de prevención a favor del juez ante quien se haya interpuesto la primera acción (art. 2, párrafo único) regula como “título ejecutivo extrajudicial” aquellos convenios o acuerdos celebrados ante órganos públicos competentes en los que los interesados se hayan comprometido a adecuar su conducta a la legislación (art. 5).

### c. Chile

En el caso de Chile los procesos colectivos y los derechos colectivos o difusos no se encuentran mencionados en ninguna cláusula de la Constitución Política de la República de 1980 (Dto. Supremo N° 1150/1980 publicado en el Diario Oficial del 24 de octubre de dicho año) conforme su texto refundido y actualizado por el Decreto N° 100 publicado en fecha 22 de septiembre de 2005 (última modificación por Ley N° 20.870 de fecha 16 de noviembre de 2015).

La regulación de los procesos colectivos está dada a nivel reglamentario por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores N° 19.946/1997 (LPDC) desde su reforma por la Ley N° 19.955 de fecha 14 de julio de 2004. Esta última incorporó la tutela de derechos colectivos y difusos en su art. 50. Su aplicabilidad se encuentra ceñida al campo del consumo y es condición indispensable, a los efectos de determinar indemnizaciones o reparaciones, la acreditación de un daño y de un vínculo contractual que una al infractor y a los consumidores afectados.

El art. 50 LPDC dispone que son de interés *colectivo* las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual; mientras que resultan de *interés difuso* las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos. Asimismo se establece que, a los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual.

La categoría de derechos individuales homogéneos no se encuentra expresamente regulada en la LPDC, sino solamente las acciones de *interés individual*. Estas son definidas como aquellas que “*se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado*” (art. 50 LPDC). Sin perjuicio de ello, existe doctrina que, rechazando cualquier tesis normativista, entiende que su falta de reconocimiento legislativo no es una condición *sine qua non* para su existencia y defensa judicial.

En esa línea se entiende que la amplísima definición legal del interés colectivo es el principal argumento a favor de la existencia de esta categoría. Una interpretación armónica y sistémica de la ley ha llevado a sostener que la ley otorga legitimación para promover acciones colectivas y difusas a las asociaciones de consumidores y grupos de cuanto menos cincuenta consumidores, y que la previsión de poder solicitar la exclusión de los efectos de la sentencia (art. 53 LPDC) lleva a considerar que los intereses individuales homogéneos pueden reclamarse a través de los instrumentos regulados en la norma<sup>255</sup>.

En términos generales, la legislación chilena prevé un sistema de legitimación activa restringida si se lo compara con los sistemas de otros países (Brasil, Argentina, entre otros) ya que no admite que un particular afectado pueda por sí solo instar este tipo de acciones, como así tampoco el Ministerio Público. Conforme el art. 51 inciso 1º, se encuentran legitimados el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), las asociaciones de consumidores (también previsto en el art. 8 inc. “e”), y “*un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados*” (inciso “c”).

En lo que respecta a notificaciones, existen normas que determinan distintos mecanismos de notificación o publicidad de los actos procesales. Entre ellas tenemos: (i) el art. 51 inciso 7º del LPDC referido al procurador común, según el cual el juez tiene la facultad de disponer una forma de notificación diferente en aquellos casos que el número de afectados permita asegurar el conocimiento de todos y cada uno de ellos por otro medio distinto a los avisos; (ii) el art. 53 LPDC, que para ciertas circunstancias procesales particulares establece que “*e/*

---

<sup>255</sup> OVALLE FAVELA, J., *Legitimación en las acciones colectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 158 (septiembre-diciembre de 2015), pp. 1057-1092; GONZÁLEZ CUBATE, N., *La tutela de derechos individuales homogéneos en el procedimiento colectivo de la Ley N° 19.496*, Universidad Austral de Chile.

*juez ordenará al demandante que, dentro de décimo día, informe a los consumidores que puedan considerarse afectados por la conducta del proveedor demandado, mediante la publicación de un aviso en un medio de circulación nacional y en el sitio Web del Servicio Nacional del Consumidor, para que comparezcan a hacerse parte o hagan reserva de sus derecho”; (iii) los arts. 53 y 54 LPDC, que determinan que contenidos deberán tener los avisos; y (iv) el art. 54° A LPDC, que dispone la obligación del funcionario judicial de que tales avisos contengan un “texto (que) sea claro y comprensible para los interesados”.*

En este mismo cuerpo normativo se prevé la posibilidad de que el juez solicite la designación de un “procurador común” para los legitimados activos que intervengan en el proceso (recordemos que si quieren iniciarlo consumidores afectados necesitan al menos cincuenta personas), e incluso pautas para la regulación de honorarios (art. 51 inc. 7° LPDC). También se regula el requisito de la representatividad adecuada, otorgando al juez la facultad de revocar el mandato –de oficio o a pedido de parte– por resolución fundada cuando la representación del interés colectivo o difuso no sea adecuada para proteger eficazmente los intereses de los consumidores o cuando exista otro motivo que justifique su revocación (art. 51° inciso 7° último párrafo, LPDC).

Asimismo, dentro de la legislación comentada existen reglas relativas a la prescripción (art. 51 inciso 6° LPDC), la imposibilidad de iniciar acciones individuales cuando se decida intervenir en los procesos colectivos y un procedimiento para la “certificación” de la acción (art. 52 LPDC, conforme reforma por Ley N° 20.543 de fecha 21/10/2011) donde se establece que –previo a dar trámite a la demanda– el juez deberá examinar y verificar la concurrencia de diversos elementos definidos taxativamente como ser la legitimación activa de quien acciona (conf. los sujetos definidos en el art. 51 LPDC) y que la demanda contenga una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifiquen razonablemente la afectación de un interés colectivo o difuso (conforme los define el art. 50 LPDC). Se dispone en este sentido que la resolución que certifica la acción solo puede ser impugnada por vía de los recursos de reposición y apelación con efecto devolutivo, estando vedado el recurso de casación.

La misma norma señalada expresa que, declarada inadmisibles la demanda colectiva, la acción respectiva solo podrá deducirse individualmente salvo el derecho a iniciar nueva acción colectiva con fundamento en nuevos antecedentes (art. 52 LPDC). Asimismo, si la

acción es admitida, se determina que ello deberá darse a conocer a los consumidores que puedan considerarse afectados –a través de la publicación de avisos cuyo contenido y modalidad ya está prefijado normativamente según señalamos– a fin de que los mismos puedan comparecer para hacerse parte (en cuyo caso quedan atrapados por la prohibición de iniciar acción contra el demandado por los mismos hechos, art. 52 LPDC), o bien para formalizar su reserva de derechos. El plazo para ejercer estos derechos es de veinte días. El efecto de la reserva de derechos es la inoponibilidad de los resultados del juicio colectivo (art. 53 incs. “f” y “g” LPDC).

Admitida y contestada la demanda, se establece la obligación de citar a las partes a una audiencia de conciliación (art. 52 LPDC). Seguidamente, la norma regula la acumulación de acciones (art. 53 LPDC), dispone conciliaciones (art. 51 LPDC), prevé la homologación de acuerdos e incluso pautas para la liquidación y ejecución de los daños (art. 54 C, G LPDC). Asimismo, se confiere al juez la facultad de determinar un plan de pagos cuando entienda que el demandado puede estar próximo a la insolvencia.

La legislación carece de previsiones especiales en materia de competencia jurisdiccional para procesos colectivos. Tampoco establece ninguna pauta o incentivo para la promoción de estas acciones, ya que omite regular de manera específica el tema de las costas y demás gastos judiciales.

Como regla general, la doctrina sostiene que la cosa juzgada de los procesos colectivos chilenos que involucran intereses difusos o colectivos es *secundum eventum litis*. Conforme ello, el efecto de la sentencia será obligatorio para todos (cosa juzgada *erga omnes* según el texto legal) con la señalada posibilidad de reserva de derechos –opción de excluirse– al ser notificado de la admisión del proceso según vimos, salvo que la sentencia hubiese sido absolutoria por ausencia o ineficiencia de pruebas. En este último supuesto y también de constatare “nuevas circunstancias”, podrá volverse a litigar el conflicto de manera colectiva (art. 54 LPDC)<sup>256</sup>.

---

<sup>256</sup> Cf. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., *La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección del consumidor*, Revista *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1 (2010), pp. 99-124 (la autora sostiene que la redacción de la norma no es clara, apuntando entre otras cosas que: “El problema que plantea la redacción de este artículo es la determinación del alcance de la expresión ‘nuevas circunstancias’. No resuelve el legislador si la expresión se refiere

#### d. Colombia

En Colombia los procesos colectivos se encuentran reconocidos en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, el cual se inserta en el Capítulo 4 “De la protección y aplicación de los derechos” y expresa que *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”*.

Sin perjuicio de esta norma, existen también otros artículos en la Constitución que reconocen los intereses o derechos colectivos así como mecanismos de tutela específicos. Entre ellos tenemos: (i) el art. 86 *in fine*, que trata sobre el amparo colectivo; (ii) el art. 89 sobre la obligación de la ley de propugnar a la protección de derechos individuales, de grupo o colectivos frente a la acción u omisión de las autoridades públicas; y (iii) el art. 277, que establece que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene como función defender los intereses colectivos y, en especial, el ambiente.

La regulación de los procesos colectivos se encuentra concentrada en la Ley N° 472 de 1998, la cual toma como base el apuntado art. 88 de la Constitución Política de Colombia en relación al ejercicio de las acciones populares, relativas al medio ambiente y los derechos fundamentales (engloban los intereses colectivos y difusos), y las acciones de grupo vinculadas a los daños masivos (comprenden los intereses individuales homogéneos)<sup>257</sup>.

---

*a nuevas circunstancias de hecho o a nuevas pruebas que no se hayan rendido anteriormente ni tampoco a cómo se califica el hecho de encontrarnos efectivamente ante la existencia de circunstancias de esta naturaleza”*).

<sup>257</sup> En general sobre el sistema colombiano ver GUAYACÁN ORTIZ, J. C., *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, Revista de Derecho Privado N° 9 (2005), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 35-56; GUAYACÁN ORTIZ, J. C., *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2013).

El campo de aplicación de la *acción popular* está determinado en el art. 2 de la señalada ley, que las define como “*los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos*” que se “*ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible*”.

Para el caso de la *acción de grupo*, el art. 3 sostiene que “*son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*” y que se ejercen “*exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios*”.

La clasificación de los derechos e intereses colectivos está dada en el art. 4 de la norma bajo análisis. Dicho catálogo no es cerrado ya que se integra con los “*derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia*”.

Puede sostenerse que, en términos generales, la legislación colombiana regula un sistema de legitimación amplia que varía según la acción de que se trate. La acción popular tiene la legitimación más amplia de todas (art. 12 Ley N° 472/98), conforme la cual puede instar la acción cualquier persona natural o jurídica, asociaciones civiles o populares o de índole similar, entidades de contralor, personeros municipales o distritales y otras instituciones públicas como el Procurador, el Defensor del Pueblo, Alcaldes, entre otros. La acción de grupo tiene una legitimación casi similar, conforme la cual puede ser instada por las personas jurídicas o naturales siempre que hubieren sufrido un perjuicio individual, el Defensor del Pueblo, los personeros municipales y distritales (art. 48 Ley N° 472/98).

Por su parte, el art. 46 dispone –como requisito de procedencia– que la acción debe ser interpuesta por *un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas* (el texto en cursiva fue declarado constitucional por la Corte Constitucional).

Sin perjuicio de que el citado artículo establece también que “*el grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas*”, la Corte Constitucional –mediante Sentencia C-116 de 2008– sostuvo (sin de-

clararlo inconstitucional) que la legitimación activa en las acciones de grupo no requiere conformar un grupo de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del mismo actúe en su nombre siempre que establezca en la demanda los criterios que permitan identificar el grupo afectado.

La norma carece de una regulación expresa en materia de representatividad adecuada de los legitimados colectivos, por lo cual no existen pautas ni criterios para su apreciación. No obstante ello, el art. 56 prevé la posibilidad de que una persona alcanzada por una sentencia colectiva en un proceso en el cual no participó pueda desvincularse de los efectos de la misma cuando demuestre *“que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación”*.

Se destaca también que el art. 49 dispone para las acciones de grupo que, en caso de varios abogados interviniendo, deberá designarse un único apoderado legal que podrá ser quien mayor números de afectados represente o, en su defecto, el que determine un comité *ad hoc*.

En otro orden, pero vinculado con el anterior instituto, encontramos que las notificaciones en las acciones populares están reguladas en el art. 21 de la ley. Allí se indica que *“A los miembros de la comunidad se les podrá informar a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios”*. Por su parte, para las acciones de grupo tenemos el art. 53 con la misma fórmula normativa.

La competencia se encuentra regulada en los arts. 15 y 50 de la ley. El primero de ellos refiere al ejercicio de acciones populares, estableciendo como regla la intervención de la jurisdicción ordinaria civil salvo que fueran incoadas contra actos del Estado o personas privadas que desempeñen funciones administrativas. De darse este último supuesto, será competente la jurisdicción contencioso administrativa. El segundo artículo refiere a las acciones de grupo y establece la misma regla y excepción.

En lo relativo a las costas, el art. 38 dispone que el juez debe aplicar las normas del procedimiento civil pero solo podrá condenar al demandante a pagar los honorarios, gastos y costos cuando la acción presentada hubiese sido temeraria o de mala fe. Sumado a ello, existen otras disposiciones en la materia como el art. 19, relativo al *“amparo de pobreza”* a favor del Defensor del Pueblo o sus delegados,

según el cual los costos de los peritajes estarán a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y solo serán reintegrados en caso de condena favorable al grupo.

En principio, tanto en las acciones de grupo como en las acciones populares la regla de la cosa juzgada es *pro et contra*. De acuerdo con este sistema, la sentencia tiene efecto sobre los miembros presentes y ausentes con independencia de su resultado (arts. 35 y 66). Se establece como opción el derecho de optar por excluirse del proceso (*opt out*) en acciones de grupo (art. 66). En las acciones populares, sin embargo, la Corte Constitucional estableció –mediante Sentencia C-622 de 2007– que el art. 35 debe ser entendido en el sentido de que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen cosa juzgada para las partes y el público en general “*salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior*”.

Se regula para las acciones populares el denominado “pacto de cumplimiento” (art. 27), que se puede dar en el marco de una audiencia especial a la que cita el juez luego de vencido el término para contestar la demanda. En esa audiencia también interviene el Ministerio Público. La Corte Constitucional –mediante Sentencia C-215 de 1999– declaró constitucional este artículo, entendiendo que la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento hace cosa juzgada salvo que se presenten hechos nuevos y causas distintas a las alegadas en el respectivo proceso, o bien informaciones de carácter técnico que no fueron apreciadas por el juez y las partes al momento de celebrarse dicho pacto.

Por su parte, para las acciones de grupo se regulan las “diligencias de conciliación” (art. 61). Estas son convocadas por el juez con el propósito de lograr un acuerdo entre las partes, el cual constará por escrito. En cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar al juez la celebración de una nueva diligencia a efectos de conciliar sus intereses y poner fin al proceso. En la diligencia podrá participar el Defensor del Pueblo o su delegado, pero si el Defensor hubiese presentado la demanda, dicha función corresponderá al Procurador General de la Nación. El acuerdo entre las partes se asimila a una sentencia y tiene los efectos que para ella se establecen (art. 66).

Las sentencias son líquidas en las acciones de grupo, pero en las acciones populares se trata de un sistema de sentencia de condena genérica que debe liquidarse por vía incidental (art. 34), tal como sucede en los sistemas argentino, brasileño y chileno.



La norma establece también un “Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos” (art. 70), cuya gestión está a cargo del Defensor del Pueblo (art. 72) y que tiene entre sus principales finalidades financiar la presentación de acciones populares o de grupo. Por último, se destacan también las sanciones conminatorias que pueden imponerse en el contexto del “incidente de desacato” (art. 41), el cual se configura en las acciones populares cuando se impone una obligación de hacer y el accionado no cumple.

#### e. México

Los procesos colectivos se regularon originariamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por medio de la reforma que se realizó sobre el texto de 1917. Se trata de la reforma número 191, plasmada en el Decreto publicado en el Diario de la Federación el 29 de julio de 2010 y por medio del cual se introdujo en el artículo 17 el siguiente párrafo *“El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”*.

Tiempo después se generó la reforma legal con el Decreto publicado en el DOF el 30 de agosto de 2011, mediante el cual se modificaron el Código Federal de Procedimientos Civil, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Sin perjuicio de ello, la doctrina señala que el primer antecedente histórico en materia de regulación de procesos colectivos se encuentra en la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1975<sup>258</sup> (LFPC), en cuyo art. 59 fracciones II y III, se preveía que la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) tenía entre sus atribuciones la de representar colectivamente a los consumidores (previo mandato) cuando se advirtiera una afectación a los intereses de ese colectivo. De esta forma la PROFECO podía deducir, por ejemplo, acciones de nulidad por cláusulas abusivas en contratos de adhesión (art. 63 LFPC).

<sup>258</sup> CRUZ ESPINOZA, A., *Las acciones colectivas en México*, en GONZÁLEZ CASTILLO, L., y MORALES MURILLO, J. (Coordinadores) *Acciones Colectivas. Reflexiones desde la judicatura*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal de la Escuela Judicial, Ed. Escuela Judicial, 2013, p. 135.

En esta misma línea, y como segundo antecedente también previo a la reforma constitucional, puede citarse el artículo 200 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente de 1988, introducido por una reforma legislativa publicada en el DOF del 13 de diciembre de 1996. Dicho artículo expresa que *“Las leyes de las entidades federativas establecerán el procedimiento para la atención de la denuncia popular cuando se trate de actos, hechos u omisiones que produzcan o puedan producir desequilibrios ecológicos o daños al ambiente, por violaciones a la legislación local ambiental”*.

No puede dejar de señalarse que si bien la acción popular no es propiamente una acción colectiva, sirve como antecedente a la misma. Se trata de una instancia en la que cualquier persona puede denunciar y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) puede investigar, emitir un dictamen e, incluso, recomendaciones (aunque no vinculantes).

Más allá de estos antecedentes, de los fundamentos de las reformas constitucional y legal operadas en México durante los años 2010 y 2011, respectivamente, se desprende que los procesos colectivos se regularon al reconocerse una real falta de acceso a la justicia en virtud de que los mecanismos existentes hasta aquel entonces estaban diseñados sobre una visión liberal e individualista, con mecanismos que privilegiaban la actuación individual sobre la colectiva.

Posteriormente, otras reformas constitucionales a los arts. 1 en materia de derechos humanos, 103 fracción I y 107 fracción I, sirvieron para aclarar la existencia del amparo colectivo dentro del régimen mexicano siempre que quien lo inste sea *“titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo”*. Luego, con la Reforma al Código de Procedimientos Civiles, el art. 24 del CPC sobre competencia dispone que por razones de territorio es tribunal competente *“El del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales, colectivas o del estado civil”* (inciso IV).

Sumado a ello, el párrafo tercero del art. 1 establece que *“Se exceptúan de lo señalado en los párrafos anteriores, cuando el derecho o interés de que se trate sea difuso, colectivo o individual de incidencia colectiva. En estos casos, se podrá ejercitar en forma colectiva, en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto de este Código”*.

Si bien la regulación de estos procesos se encuentra dispersa en varias normas del ordenamiento jurídico, encontramos en el Libro

Quinto del CPC, titulado “De las acciones colectivas” (arts. 578 a 625), la columna vertebral de la regulación en la materia.

La protección de los derechos e intereses colectivos se debe ejercer ante los Tribunales de la Federación y, en principio, solamente resulta admisible en materia de consumo de bienes y servicios públicos o privados y medio ambiente (art. 578 CPC). En relación con tales materias, la acción colectiva es procedente tanto para la tutela de derechos colectivos como para el ejercicio de pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a miembros de un grupo (art. 579 CPC).

La definición de los derechos e intereses difusos y colectivos e individuales de incidencia colectiva está en el art. 580 CPC, el cual expresa que *“En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar: I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes. II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho”*.

Consecuentemente, se regulan tres tipos de acciones colectivas: la difusa, la colectiva en sentido estricto y la individual homogénea. Dichas acciones pueden tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena (arts. 581 y 582 CPC). Las mismas prescriben a los tres años y seis meses a contar desde el día en que se causó el daño. Si se trata de un daño continuado, el plazo se computa desde el último día en que se haya generado el daño causante de la afectación (art. 584).

El sistema de legitimación activa es relativamente amplio ya que podrán interponer este tipo de acciones la PROFECO, la PROFEPA, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la Comisión Federal de Competencia, el Procurador General de la República, asociaciones civiles constituidas al menos un año antes de promover la acción y el representante común de la colectividad (que deberá estar conformada por al menos treinta miembros, siguiendo en este sentido una línea similar a la del sistema chileno).

La representación adecuada se presume en los casos de órganos o entes estatales, pero en los casos de asociaciones y representante

común de la colectividad deberá ser demostrada de acuerdo con lo previsto en el art. 586 CPC. Esta norma dispone como estándares al efecto los siguientes: actuar con diligencia y buena fe, no encontrarse en situaciones de conflicto, no promover o haber promovido de manera reiterada acciones colectivas frívolas o temerarias, no promover acciones colectivas con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos y no haberse conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones colectivas previas según los términos del Código Civil Federal.

Asimismo, la señalada norma establece que la representación de la colectividad en juicio se considera “de interés público” y que el juez deberá “vigilar de oficio” que sea adecuada durante la substanciación del proceso. Se prevé un incidente de remoción y sustitución que suspende el juicio, un plazo para que los miembros del grupo –luego de notificados– se propongan en reemplazo o bien, ante ausencia de interesados, una vista a algún órgano u organismo que pueda suplir dicha representación en los términos del art. 585 CPC.

El representante adecuado es responsable frente al grupo por el ejercicio de su gestión, debiendo rendir cuentas a petición del juez en cualquier momento. Incluso se dispone que aquél pueda ser sancionado por el Consejo de la Judicatura Federal. Como reaseguro de esta fundamental garantía, el CPC prevé que después de dictada la sentencia, la parte que tome conocimiento acerca de la existencia de una “representación fraudulenta” podrá promover una apelación solicitando la nulidad de las actuaciones viciadas. A tal efecto, se encuentra legitimado incluso el representante designado por el juez (art. 609 CPC).

Por otra parte, el CPC regula el contenido de la demanda (art. 587), los requisitos de procedencia de la legitimación en la causa (art. 588) y las causales de improcedencia de la misma (art. 589). Igualmente, establece un procedimiento de certificación del cumplimiento de los requisitos de procedencia que, una vez terminado, da paso a que el juez provea si admite o desecha la demanda (art. 590). Si es admitida, se debe notificar en forma personal al representante legal y este tiene el deber de ratificar la demanda (art. 591).

Sobre las notificaciones, el CPC dispone en su art. 591 que *“El juez ordenará la notificación a la colectividad del inicio del ejercicio de la acción colectiva de que se trate, mediante los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y*

*demás características de dicha colectividad. La notificación deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso”.*

Por su parte, en lo que hace al contenido de dicho acto comunicacional y al resto de las notificaciones, el art. 593 expresa: *“La notificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código, contendrá una relación sucinta de los puntos esenciales de la acción colectiva respectiva, así como las características que permitan identificar a la colectividad. Las demás notificaciones a los miembros de la colectividad o grupo se realizarán por estrados. Salvo que de otra forma se encuentren previstas en este Título, las notificaciones a las partes se realizarán en los términos que establece este Código”.*

Sumado a ello, cuando los actores que representan al grupo son una asociación o un representante común, se les impone el deber de informar cada seis meses a la colectividad el estado actualizado de la causa a través de “medios idóneos” (art. 602 CPC).

Se prevé también la opción de incluirse y/o adherirse al proceso (*opt in*). En los casos de los procesos colectivos en sentido estricto o en los individuales homogéneos, deberá tratarse de individuos que tengan una afectación. Esta opción puede ejercerse durante la sustanciación del proceso y hasta los dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o bien un convenio judicial haya adquirido la calidad de cosa juzgada.

Quienes adhieran luego de que la sentencia o el convenio estén firmes, deberán probar el daño causado en un incidente respectivo y, liquidado que sea, el miembro tiene un año para obtener el cobro. Tratándose de una adhesión voluntaria, la exclusión posterior equivale a desistimiento de la acción colectiva e importa un impedimento para participar en un procedimiento colectivo derivado de o por los mismos hechos. En la misma línea, se dispone que en las acciones colectivas en sentido estricto y en las individuales homogéneas, solo tendrán derecho al cobro aquellas personas que integren la colectividad y prueben en el incidente de liquidación haber sufrido el daño causado (art. 594).

En otro orden, el CPC regula la obligación del juez de celebrar una audiencia previa y de conciliación, y también prevé que las partes puedan arribar a un acuerdo y solicitar su homologación posteriormente (art. 595).

Se establece sobre los jueces el deber de interpretar *“las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos”* (art. 583 CPC). En la misma línea, para mejor proveer, se admite que los jueces puedan valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio, siempre que tenga relación inmediata con los hechos controvertidos. Incluso se regula la figura del *Amicus Curiae* (art. 598 CPC). El juez puede valerse incluso de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado del avance de la ciencia a fin de resolver (art. 600 CPC).

Las sentencias se encuentran reguladas en los arts. 603 a 609 CPC. En las acciones difusas *“el juez solo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si esto fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas. Si no fuere posible lo anterior, el juez condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad”* y la cantidad resultante se destinará a un Fondo (art. 604 CPC).

Por su parte, las sentencias de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas podrán *“condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo”*. En dicha sentencia el juez deberá establecer los requisitos y plazos para que los miembros promuevan los incidentes de liquidación donde deberán probar el daño sufrido (art. 605 CPC).

Las medidas precautorias están reguladas en los arts. 610 a 611 CPC y los medios de apremio en el art. 612 CPC. La relación entre las acciones colectivas y las acciones individuales se encuentra establecida en los arts. 613 a 615 CPC. Las asociaciones están legisladas en los arts. 619 a 623 CPC. Los arts. 624 a 626 regulan un Fondo administrado por el Consejo de la Judicatura Federal, al cual se destinarán los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas y cuyo destino será el pago de los gastos derivados de los procesos colectivos (honorarios, notificaciones de sentencias, preparación de pruebas, fomento de la investigación, difusión de acciones y derechos, etc.).

Por otro lado, en sintonía con lo expuesto, los gastos y costas están regulados en los arts. 616 a 618 CPC. Sobre ellos vale destacar que no se establece ningún principio de gratuidad y que se distingue entre el representante legal y el común. La norma dispone que los gastos, costas y honorarios de la actora serán cubiertos en la forma en que lo determine el juez, buscando asegurar el pago correspondiente. En este sentido, dispone que (el) *“pago se hará con cargo al Fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título, cuando exista un interés social que lo justifique y hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita”*.

Finalmente, para adecuar las demás normas que integran el campo de aplicación de los procesos colectivos, se agregaron y modificaron disposiciones de otros cuerpos legales:

- (i) El art. 1934 bis del Código Civil Federal, el cual dispone que *“El que cause un daño de los previstos en este Capítulo a una colectividad o grupo de personas, estará obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles”*.
- (ii) El art. 38 de la Ley Federal de Competencia Económica, al cual se incorporaron los siguientes párrafos: *“Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta Ley. La autoridad judicial podrá solicitar la opinión de la Comisión en asuntos de su competencia. Las acciones a que se refiere el párrafo anterior podrán ejercerse de forma individual o colectiva, estas últimas en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles”*.
- (iii) El art. 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que quedó redactado de la siguiente manera: *“Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, la Procuraduría, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código”*.
- (iv) La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, adecuada para establecer que los jueces de distrito civiles federales serán competentes en el caso de las acciones colectivas a que se refiere el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles

- (art. 53), adaptándose también las funciones del Consejo de la Judicatura Federal (art. 81).
- (v) Al art. 202 de Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente se adicionó los párrafos: *“Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código. Lo anterior también será aplicable respecto de aquellos actos, hechos u omisiones que violenten la legislación ambiental de las entidades federativas”*;
- (vi) El art. 11 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, al que se le agregó la fracción *V bis*, estableciendo que la Comisión Nacional *“Ejercitará la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de usuarios”*. También se reformaron los arts. 91 y 92, los cuales quedaron respectivamente redactados de la siguiente manera: *“Los defensores, durante el tiempo que desempeñen dicho cargo, no podrán dedicarse al libre ejercicio de la profesión, salvo que se trate de actividades docentes. En caso de que un asunto represente, en cualquier forma, un conflicto de intereses para el defensor asignado por la Comisión Nacional, aquél deberá excusarse para hacerse cargo del mismo, y solicitar la asignación de otro defensor”* (art. 91) y *“Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad de Usuarios, la Comisión Nacional, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código”* (art. 92).

### III. FINALIDADES Y VENTAJAS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

#### a. Acceso a la justicia

La garantía de debido proceso legal, pilar fundamental de todo sistema procesal de la región, comprende como premisa esencial el derecho de acceder al órgano jurisdiccional en procura de obtener una decisión fundada que dirima el conflicto en que los individuos



podieran verse envueltos. En tal orden de ideas, podemos referirnos al acceso a la justicia como un principio fundamental de todo sistema jurídico que establece la necesidad de que las personas (físicas y de existencia ideal) puedan ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado<sup>259</sup>.

Como no podía ser de otra manera, dicho principio evolucionó a la par de los cambios operados históricamente en el Estado. Así, el liberalismo de los siglos XVIII y XIX y la filosofía individualista por entonces prevaleciente determinaron que el Estado estructurase la prestación del servicio de justicia asumiendo una actitud pasiva frente a las dificultades u obstáculos que imposibilitan el ejercicio concreto del derecho de las personas a defender sus intereses en justicia. En esos términos, el derecho de acceso al sistema se reducía a un mero reconocimiento teórico. Al mismo tiempo, los bienes y valores que se protegían por entonces estaban asociados a cierta clase de derechos, primando lecturas esencialmente patrimonialistas.

Con el avance del constitucionalismo social y la correspondiente transformación de la idea acerca del alcance de los derechos humanos, el Estado comenzó a tomar una postura afirmativa tendiente a hacer accesible a todos los individuos aquello que antes solo era proclamado teóricamente. Entre tales proclamaciones se encontraba el derecho a un efectivo acceso a la justicia<sup>260</sup>.

La evolución apuntada puede apreciarse claramente en la jerarquización y positivización del principio, tanto en diversos ordenamientos locales como en el ámbito internacional. Especial mención le cabe en este sentido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 25 prevé que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”*.

<sup>259</sup> CAPPELLETTI, M., y GARTH, B., *El acceso a la Justicia*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata (1983), Traducción de Samuel Amaral, p. 18.

<sup>260</sup> Parte de esa transformación también tuvo por causa la visibilización del vínculo entre el costo de los derechos, el presupuesto como instrumento de gobierno y su condición de acuerdo político. En ese sentido, Holmes y Sunstein señalan que *“atender el costo de los derechos plantea una cantidad de cuestiones adicionales, no solo acerca de cuánto cuestan sino también sobre quién decide cómo asignar nuestros escasos recursos públicos para protegerlos y para quién”* (HOLMES, S., y SUNSTEIN, C. R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires (2012), p. 50).

Interpretando esta norma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el precepto reconoce un derecho a la tutela judicial efectiva, el cual puede traducirse como *“la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto”*<sup>261</sup>.

Y en línea similar, Cançado Trindade se ha referido al derecho de acceso a la justicia *lato sensu* como algo que *“no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional [...] El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia [...] podemos aquí visualizar un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico [...] que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana”*<sup>262</sup>.

Reconocido y afirmado el acceso a la justicia como un verdadero derecho en el contexto de nuestro instrumento internacional fundamental, cuya aplicación resulta obligatoria para todos los Estados miembros del sistema por conducto del control de convencionalidad, a fin de dimensionar la relevancia de los procesos colectivos como medio de garantizar su efectiva vigencia, resulta necesario identificar las barreras que encuentran los ciudadanos para poder ejercerlo<sup>263</sup>.

Estos obstáculos se encuentran estrechamente relacionados entre sí y se asientan en gran medida en problemáticas extraprocesales que socavan la formal igualdad de las partes en el proceso<sup>264</sup>.

En primer lugar, cabe señalar que existen fuertes barreras de índole económica. El uso de los tribunales de justicia para defender derechos solo resulta razonable en la medida que los potenciales bene-

<sup>261</sup> Informe de fecha 29/9/99, caso N° 10.194, *Narciso Palacios*, considerando N° 57°. Una muy completa sistematización de los estándares de la Comisión en materia de acceso a la justicia disponible acá: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> (última visita el 2/1/17).

<sup>262</sup> Corte IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141, voto del Juez Cançado Trindade, párrs. 51 y 52.

<sup>263</sup> CAPPELLETTI, M., y GARTH, B., *El acceso a la Justicia*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial, La Plata (1983), Traducción de Samuel Amaral, p. 23.

<sup>264</sup> Ver SABA, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires (2016).

ficios excedan los costos del litigio<sup>265</sup>. Costos que resultan muy altos en toda la región y que actúan como un factor de disuasión concreto a la hora de tomar la decisión de plantear una pretensión en sede judicial.

Se trata de una realidad que se presenta en aquellos supuestos donde la pretensión individual alcanza un monto de cierta importancia y, claramente, se recrudece en los juicios de menor cuantía. En este último supuesto, generalmente los costos del proceso exceden el monto mismo del litigio o bien absorben su mayor parte y tornan prácticamente inútil la promoción de la demanda.

En este contexto resulta muy útil la clasificación que realizan Lindblom y Nordh respecto de pretensiones de condena por daños y perjuicios<sup>266</sup>. Dichos autores identifican tres tipos de pretensiones: las *individualmente recuperables*, las *individualmente no recuperables* y, finalmente, aquellas que denominan *no viables*.

El primer grupo se encuentra configurado por pretensiones que encierran una suma de dinero suficiente para obtener un beneficio económico neto en un litigio individual, mientras que las del segundo grupo se caracterizan porque los costos exceden el beneficio económico que pudiera obtenerse del éxito en un litigio de este tipo. Por último, las pretensiones *no viables* son aquellas que crearían una pérdida económica en caso de ser llevadas a la justicia, incluso cuando ello ocurra en clave colectiva.

En términos de acceso a la justicia, los procesos colectivos se presentan como un medio para resolver el problema de las pretensiones *individualmente no recuperables*<sup>267</sup>, ya que la sumatoria de reclamos

<sup>265</sup> ALEXANDER, J., *An introduction to class action procedure in the United States* (disponible en <https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>, última visita el 2/1/17).

<sup>266</sup> LINDBLOM, P. H., y NORDH, R., *La Ley sueca de procedimientos de grupo*, en la obra GIDI, A., y FERRER MAC-GREGOR, E. (coordinadores) *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, Ed. Porrúa, México (2003), p. 96.

<sup>267</sup> Este fue uno de los tres objetivos fundamentales de los procesos colectivos que se esgrimieron en el año 1996 para sugerir su establecimiento en el Reino Unido (LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, cap. 17, disponible en <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec4c.htm> (última visita el 2/1/17).

individuales en un mismo proceso podría generar un monto lo suficientemente elevado que amerite el planteo del caso en sede judicial.

Como nos recuerda Issacharof, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha dejado bien en claro que *“El objetivo que se encuentra en el corazón del mecanismo de acciones de clase es sobrellevar el problema de la falta de incentivos para promover una acción individual cuando las pretensiones son de escasa cuantía. Una acción de clase soluciona este problema al agregar las relativamente insignificantes potenciales pretensiones y convertirlas en algo que amerite el trabajo de alguien (usualmente, un abogado)”*<sup>268</sup>.

En el mismo orden de ideas, Taruffo señala que el acceso a la justicia fue la principal finalidad perseguida en los Estados Unidos al establecer el sistema de acciones de clase en el año 1938, ampliándose posteriormente esta visión de modo sustancial y progresivo para abarcar acciones orientadas al refuerzo de valores colectivos y a la modificación de conductas y regulaciones normativas indeseadas, tal como veremos más adelante<sup>269</sup>.

En segundo lugar, encontramos también barreras al acceso fundadas en características y situaciones particulares (personales, sociales y/o culturales) de las personas afectadas en sus derechos. Una de estas condiciones personales refiere a la situación económica de las partes. En íntima relación con lo dicho anteriormente respecto del costo del proceso, es dable apreciar que quien goza de una situación patrimonial holgada puede permitirse acudir a la justicia y asumir la demora en la tramitación del proceso, así como sus eventuales costos, sin mayores inconvenientes.

Además, y esto no es menor, los recursos económicos inciden directamente sobre la posibilidad de contratar un buen abogado y de realizar las erogaciones que requiere tanto una correcta instrucción preliminar del caso como la producción de los medios probatorios en el curso del proceso. Por ende, quien cuente con dinero suficiente contará también, al menos en principio, con mejores armas a la hora del debate.

---

<sup>268</sup> ISSACHAROF, S., *Acciones de Clase y Autoridad Estatal*, RDP 2013-1 (el fallo de la Suprema Corte al cual se refiere es *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 613 (1997), citando a su turno *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 338, 344 (7th Cir. 2007).

<sup>269</sup> Cf. TARUFFO, M., *Some remarks on group litigation in comparative perspective*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, N° 2, p. 405.

Otra de estas condiciones personales se encuentra en la asiduidad con que litigan las partes. Mientras algunas de ellas lo hacen solo ocasionalmente (la mayoría de los ciudadanos), otras se encuentran acostumbradas a ventilar regularmente sus asuntos en tribunales. Tales “litigantes habituales” cuentan con mayor experiencia y con diversas ventajas comparativas que se derivan de esta, las que también gravitan sobre la igualdad de las partes en el ejercicio de su derecho de acceso al sistema.

Entre estas ventajas comparativas se destacan la posibilidad de planificar los juicios, una mayor oportunidad de relacionarse con el personal judicial, el traslado de riesgos de la litigiosidad a mayor cantidad de pleitos, la disminución de la incidencia de los costos por utilizar en el resto de los casos el trabajo preparatorio llevado a cabo en la primera defensa, la posibilidad de contar con abogados fuertemente especializados con motivo de la relación de colaboración continua sobre temas similares, entre otras.

Todavía otro factor que influye en esta materia es la educación, el nivel social y el grado de acceso a la información que puedan tener aquellos grupos cuyos derechos sean vulnerados. Vastos sectores de nuestra región viven por debajo de la línea de pobreza. Tal circunstancia afecta directamente sus reales posibilidades, ya no solo de hacer valer sus derechos en justicia, sino de conocerlos y de percibir cuándo se presenta una afectación a los mismos. Estos grupos desaventajados difícilmente encontrarán solución a sus conflictos en el marco de un proceso individual.

Las mismas objeciones se replican con relación a distintos colectivos de personas que, en función de la situación estructural de sometimiento o condicionamiento en que se hallan inmersos, ven limitado severamente el ejercicio concreto de sus derechos (por ejemplo, los pueblos originarios, las personas con discapacidad o privadas de su libertad, las mujeres, niñas, niños y adolescentes, entre otros).

Los procesos colectivos resultan una herramienta de gran utilidad para superar, al menos en parte, las barreras culturales y sociales hasta aquí brevemente presentadas. Ello así en tanto permiten fortalecer la posición de la parte más débil en las relaciones de poder que caracterizan nuestra sociedad contemporánea, habilitando la posibilidad de proteger personas que ni siquiera saben que sus derechos fueron violentados o que, simplemente, no cuentan con la voluntad de iniciativa, el dinero, la independencia, o la organización necesaria para hacerlos valer en juicio.

El porqué de tal igualación puede encontrarse en la elevación del monto de la pretensión con motivo del aglutinamiento de las pretensiones individualmente no recuperables.

Este aumento en el monto del pleito actúa al menos en dos planos diferentes. Primero, genera un importante incentivo para los abogados, lo cual permite atraer juristas especializados y con experiencia en la materia que de otra forma no hubieran podido ser contratados. Segundo, el aumento del monto en disputa acuerda un gran poder de negociación para arribar a un acuerdo favorable a los intereses del grupo, alternativa impensada en el marco de la relación individual.

El consiguiente aumento en el poder de negociación obedece a diversos factores, entre los cuales cobra gran relevancia la necesidad de los demandados de disminuir el riesgo que implica una eventual condena y la influencia que este riesgo tiene en los mercados financieros<sup>270</sup>.

En este orden de ideas, sobrellevado el problema del respaldo económico para litigar y planteada la pretensión en clave colectiva, la igualdad de las partes se restablece y hasta puede llegar, en algunos casos, a inclinarse en favor del grupo afectado. La efectividad del proceso colectivo para superar estas situaciones de desigualdad que inciden sobre las posibilidades reales de acceso a la justicia es la razón más importante por la cual esta herramienta ha sido objeto de ataques constantes y sistemáticos por parte de los grupos económicos y los sectores políticos conservadores<sup>271</sup>.

## **b. Economía procesal**

Los procesos colectivos conllevan una gran ventaja de índole práctica, en tanto permiten lograr una mayor economía procesal en el sistema de justicia. Una verdadera economía de escala.

---

<sup>270</sup> HENSLER, D. R., *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Actions and other Large Scale Litigation*, Duke Journal of Comparative & International Law, vol. 11, Nº 2, p. 179.

<sup>271</sup> Como ejemplo de esto cabe destacar lo sucedido en Estados Unidos, donde el lobby de ciertos sectores de poder logró establecer una prohibición para el uso de acciones de clase como medio de tutela de derechos de personas carentes de recursos (VERBIC, F., *Why is the Highway Closed? The Unreasonable Restriction Imposed on the Legal Services Corporation Regarding Class Action Suits*, Civil Procedure Review, v. 2, Nº 3: 181-201 (sept.-dec., 2011), ISSN 2191-1339, [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com); traducción al español VERBIC, F., *La irrazonable restricción que impide a programas financiados con fondos federales brindar asistencia jurídica gratuita mediante acciones de clase en los Estados Unidos de América*, Rubinzal Culzoni, RDP 2011-2).

Sucede que la posibilidad de sustituir una multiplicidad de acciones individuales repetitivas en tutela de numerosas situaciones personales donde predominan cuestiones comunes (sean de hecho o de derecho) por un proceso colectivo que resuelva tales asuntos de modo unitario, permite el ahorro de tiempo y dinero en beneficio de las partes involucradas en el conflicto y del erario público.

Asimismo, el tratamiento de la cuestión en clave colectiva produce un gran beneficio para la sociedad toda, ya que permite disminuir drásticamente las externalidades indeseadas que produce el tratamiento atomizado de conflictos generados por una vulneración masiva de derechos individuales.

En este sentido, los procesos colectivos logran dejar a un lado la necesidad de litigar en cada caso individual aquellas cuestiones que resultan comunes a toda la clase, grupo o sector afectado<sup>272</sup>, permitiendo evitar para casos futuros un contradictorio que resultaría superfluo.

La relevancia de este tipo de mecanismos de tutela como medio de ahorro y optimización eficiente de recursos es central en los tiempos que corren. Tiempos en los cuales la asignación presupuestaria que se destina al sistema de administración de justicia está en constante disputa con otras áreas de política pública prioritarias y crecientes en nuestra región (producto de su exigibilidad y justiciabilidad en clave de derechos), tales como desarrollo y asistencia social, salud, educación, ciencia y tecnología, infraestructura y seguridad, entre otras.

Entendemos acertada la afirmación de que *“la eficiencia es un valor entre otros importante valores de la justicia, y no hay un orden pre-determinado que la coloque por sobre otros valores tales como la neutralidad, imparcialidad, precisión fáctica y normativa; accesibilidad, inteligibilidad, y legitimidad de los mecanismos de resolución de conflictos”*<sup>273</sup>. Sin embargo, también es cierto que el dinero que se destina a resolver conflictos por medio de nuestros tribunales es dinero que no se destina a aquellas otras áreas de gobierno.

---

<sup>272</sup> Cf. ALEXANDER, J., *An introduction to class action procedure in the United States* (disponible en <https://law.duke.edu/groupplit/papers/classactionalexander.pdf>) (última visita el 2/1/17).

<sup>273</sup> GÉLINAS, F., y CAMION, C., *Efficiency and Values in the Constitution of Civil Procedure*, Int'l Journal of Procedural Law, Vol. 4, N° 2, (2014), pp. 202-216, 206.

Por tal motivo, teniendo presente que los recursos del erario público nunca son suficientes para atender todas las necesidades de la población y que el costo de obtención de una respuesta judicial es significativo, es evidente que debemos extremar esfuerzos por invertir el presupuesto del sistema de justicia de la manera más eficiente posible. La adecuada regulación y gestión de los procesos colectivos son instrumentos que claramente permiten avanzar en tal sentido.

### **c. Modificación de conductas: cambios históricos y reforma estructural**

El proceso colectivo –al igual que el individual– permite aumentar la efectividad del derecho material en disputa de un modo directo, constituido por la posibilidad de hacer respetar ese derecho frente a su afectación o riesgo en un caso concreto.

Sin embargo, en el caso del proceso colectivo encontramos otra forma de mejorar la efectividad de los derechos, que puede calificarse como indirecta o preventiva, configurada por la disuasión de conductas colectivas antijurídicas mediante su efectiva punición<sup>274</sup>, tanto en el campo privado como en el público. Se trata de lo que en la doctrina estadounidense es denominado como *deterrence effect* (efecto disuasorio).

Desde esta perspectiva, que no desplaza a las dos finalidades y ventajas ya analizadas, los procesos colectivos se presentan ante la sociedad como una nueva alternativa de control y exigencia de rendición de cuentas del poder público y privado, que se suma a los instrumentos utilizados tradicionalmente para obtener este tipo de resultados. Entre estos instrumentos nos referimos principalmente a la aplicación de sanciones a través de procedimientos administrativos en ejercicio del poder de policía y a la promoción de acciones penales.

Sobre esta particular faceta del fenómeno que nos ocupa, Taruffo señala que muchas acciones colectivas son promovidas con el objetivo de obtener nuevas regulaciones legales o comportamientos acordes con determinados valores y estándares de conducta que se consideren preferibles para la protección de los sujetos involucrados o afectados colectivamente<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> Cf. GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N° 2 (Spring, 2003).

<sup>275</sup> TARUFFO, M., *Some remarks on group litigation in comparative perspective*, 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 405.



Para cumplir tal finalidad, estas pretensiones procesales usualmente se articulan con otras estrategias de incidencia política, tales como el monitoreo de políticas públicas sociales, la negociación, la movilización social y las campañas de opinión pública, entre otras<sup>276</sup>.

En este orden, cabe señalar que algunas investigaciones empíricas realizadas en los Estados Unidos han demostrado que las acciones de clase generan, por ejemplo en el campo del consumo, cambios en las prácticas comerciales de los demandados y hasta en la normativa de fondo<sup>277</sup>.

No difiere en ello la posibilidad de modificar conductas inconstitucionales colectivas o determinadas políticas públicas llevadas adelante por las autoridades estatales en alguna de sus esferas de actuación, aun cuando en estos casos muchas de las conductas que se consideran inconstitucionales no persiguen un ánimo de lucro (como sucede en el campo privado) sino que resultan más bien producto de prioridades establecidas en la agenda política de los gobiernos de turno, de algún descuido por parte de los órganos encargados de dictar las normas o bien de la inercia que sigue al señalamiento del problema por parte de la sociedad.

Como ejemplo paradigmático de la efectividad de los procesos colectivos en esta área, cabe recordar el renombrado caso *Brown v. Board of Education*, promovido en Estados Unidos a efectos de terminar con la segregación racial en las escuelas. Dicho conflicto fue llevado a los estrados judiciales como una acción de clase por Linda Brown en ejercicio de su propio derecho y en representación de todos los demás escolares negros víctimas de la discriminación o segregación racial.

La Suprema Corte estadounidense hizo lugar a la acción dejando de lado la doctrina denominada “separados pero iguales”, produciendo una revolución social que culminó en la integración de los niños de color en las escuelas estatales. Puede advertirse que la actora no venió solo al organismo estatal demandado, sino a una forma de hacer

---

<sup>276</sup> Cf. ABRAMOVICH, V., *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, LexisNexis 0003/012631.

<sup>277</sup> Cf. HENSLEY, D. R., *Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scale litigation*, 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 179. El análisis llevado a cabo en este trabajo indica que en todos los casos de acciones de clase en el campo del consumo la litigación del conflicto fue asociada con cambios de este tipo.

política en detrimento del derecho a igual consideración y respeto llevada adelante por ese entonces en diversos Estados de aquel país<sup>278</sup>.

En nuestra región se destaca en esta línea el caso *Mendoza*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) en el año 2008. Se trata de un proceso colectivo ambiental iniciado en instancia originaria de dicho tribunal contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14 Municipios de la Provincia de Buenos Aires y 44 empresas radicadas en la zona.

En la sentencia de mérito la Corte condenó a la ACUMAR (un organismo tripartito creado a efectos de abordar el conflicto), al Estado Nacional, la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires a tomar diversas medidas con la finalidad de recomponer el medio ambiente y evitar que se produzcan mayores daños en el futuro. Según explicó la propia Corte, la condena y tales medidas son consideradas como parte de un *“mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados”* cuyo contenido específico fue diagramado por el propio tribunal en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente N° 25.675.

El contenido de este mandato fue estrictamente delimitado por la Corte, quien se ocupó de subrayar que su sentencia *“se orienta hacia el futuro”* y se circunscribe a fijar *“criterios generales”* para cumplir con el objeto de la pretensión. En este punto puede advertirse una consciente autorrestricción de parte de la CSJN, quien puso de manifiesto expresamente la necesidad de evitar un avance indebido sobre la esfera de actuación de los otros poderes del Estado. Es por ello que el mandato obligatorio dejó en manos de los demandados la elección de las acciones concretas que fueran necesarias para cumplir los objetivos allí trazados.

Los criterios generales fijados por la Corte fueron precisados como integrantes de un *“programa”* considerado como necesario para garantizar la eficacia en la implementación de la sentencia. Las principales características del contenido de dicho programa fueron resumidas por la CSJN en los siguientes términos: *“un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cum-*

---

<sup>278</sup> Los casos *Brown I* donde se estableció la regla constitucional, y *Brown II* a través del cual se resolvió el modo de implementar la decisión, se encuentran publicados como 347 U.S. 483 (1954) y 349 U.S. 294 (1955), respectivamente.

*plimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control”.*

La Corte también tomó distintas medidas de cara a la ejecución de la sentencia, sobre las cuales volveremos al final de este trabajo. En primer lugar, delegó el proceso de ejecución de sentencia en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, al que también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento del programa. Esta delegación configura uno de los aspectos más novedosos del fallo. En segundo lugar, la CSJN estableció un sistema de monitoreo y control sobre la ejecución de la sentencia ejercido por un organismo público y por un comité ciudadano conformado por Organizaciones No Gubernamentales y coordinado por el Defensor del Pueblo de la Nación.

La magnitud del caso y el impacto del remedio estructural dispuesto por la CSJN pueden advertirse si tenemos presente que la Cuenca Matanza-Riachuelo tiene 64 km de largo y 35 km de ancho, alcanzando una superficie total de aproximadamente 2.250 km cuadrados. En esta región residen más de 5.000.000 de personas, lo cual representa aproximadamente un 13% de la población de toda la República Argentina. De ese número de personas, más de la mitad carece de acceso a un sistema de cloacas, una tercera parte carece de acceso a agua potable y 500.000 residen en asentamientos sumamente precarios sobre el margen del río.

De acuerdo con relevamientos oficiales, hasta el 28 de febrero de 2011 se habían empadronado 19.727 industrias radicadas en la zona. En lo que hace a la contaminación propiamente dicha, en el curso de agua se encontraron 8.500 toneladas de hierro, 67 barcos abandonados, 17 cascos de barcos hundidos, contaminantes químicos (tales como arsénico, cadmio, plomo, mercurio, cromo y cianuro) y contaminantes orgánicos (en particular, hidrocarburos aromáticos, DDT y coliformes)<sup>279</sup>.

En este tipo de casos colectivos, la implementación de la sentencia requiere que el Poder Judicial avance sobre el accionar de determinadas áreas e instituciones de otras ramas del poder público. Se trata de los denominados “litigios de reforma estructural”, un fenómeno relativamente novedoso en la región pero que, como podemos ver

<sup>279</sup> Mayores desarrollos en VERBIC, F., *El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’. Antecedentes, principales características, y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación*, Revista ANALES N° 43, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (2013), pp. 267-286.

con *Brown y Mendoza*, encuentra antecedentes de relevancia en el derecho comparado.

La principal característica de estos procesos judiciales es que versan sobre cuestiones estrechamente relacionadas con distintos tipos de políticas públicas y derivan en la imposición de órdenes complejas, tanto en lo que hace a la definición de sus contornos como en cuanto a su ejecución<sup>280</sup>.

El momento histórico de mayor desarrollo del fenómeno tuvo lugar con la experiencia de los derechos civiles a partir de los años 60'. Tan es así que en ese entonces la *injunction* se erigió como la vía procesal por excelencia para llevar adelante la reforma de diversas instituciones burocráticas tales como prisiones, establecimientos de sanidad mental y escuelas con problemas de segregación racial, entre otras.

Se trató de un desarrollo nada sencillo por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la falta de conocimiento de los jueces sobre el comportamiento organizacional; y en segundo lugar, por la asombrosa capacidad de las organizaciones de adaptarse a las intervenciones por medio del restablecimiento de las relaciones de poder preexistentes<sup>281</sup>.

La denominación "estructural" de las sentencias dictadas en estos procesos viene dada por el hecho que, por su intermedio, los tribunales de justicia se involucran en la gestión de estructuras burocráticas y asumen cierto nivel de supervisión sobre políticas y prácticas institucionales de diversa índole.

Son estas características propias de la orden contenida en la sentencia las que permiten diferenciar los procesos colectivos de reforma estructural de aquellos procesos colectivos "ordinarios". Lo que justifica la distinción, entonces, no es solo el hecho que su objeto involucre la necesidad de discutir determinada política pública, sino especialmente, insisto, el tipo de manda que resulta producto de la

---

<sup>280</sup> En general sobre el tema puede consultarse el clásico trabajo de Fiss, O. M., *The Civil Right Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London (1978).

<sup>281</sup> Cf. FISS, O. M., *As formas de justicia*, en la obra *Um novo processo civil*, traducción al portugués de GODINHO DA SILVA, D. P., y DE MEDEIROS RÓS, M., Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2004), p. 64. Para un análisis histórico y contemporáneo ver JOBIM, M. F., *Medidas Estruturantes*, Livraria do Avogado Editora, Porto Alegre (2013).

discusión. Esto es, el tipo de remedio que el Poder Judicial debe establecer e implementar para solucionar el caso<sup>282</sup>.

En este sentido, debemos tener presente que muchos asuntos pueden involucrar cuestiones de política pública para encontrar solución en sentencias meramente declarativas, sin exigir reforma institucional o estructural alguna para que la decisión sea eficaz. También en estos supuestos los procesos colectivos permiten generar modificaciones de conducta de gran trascendencia.

#### **d. Control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de políticas públicas**

A lo largo de los últimos años, nuestra región ha sido testigo de una fuerte injerencia del Poder Judicial sobre el resto de los departamentos de Estado en lo que hace al control de convencionalidad y constitucionalidad de ciertas políticas públicas, especialmente en áreas que afectan a minorías y grupos desaventajados de personas<sup>283</sup>.

A la hora de evaluar este delicado aspecto de la cuestión, entendemos que el Poder Judicial debe cuidarse para no intervenir directamente en el trazado de políticas públicas y limitarse en cambio<sup>284</sup>, como bien apunta Abramovich, a confrontar su diseño “*con los estándares jurídicos aplicables y en caso de hallar divergencias reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia (...) Solo en circunstancias excepcionales, cuando la magnitud de la violación o la falta completa*

<sup>282</sup> En ambos casos, la exigibilidad y justiciabilidad de derechos condicionados por la instrumentación de políticas públicas requerirán el escrutinio de una serie de estándares constitucional y convencionalmente establecidos (tanto directa como indirectamente). Para ello resulta fundamental la utilización de indicadores que permiten “medir” esa protección, algo con lo cual el Poder Judicial no se encuentra acostumbrado a trabajar. Ver en tal sentido ABRAMOVICH, V., y PAUTASSI, L., *La medición de derechos en las políticas sociales*, Ediciones del Puerto SRL, Buenos Aires (2010). En esta línea se enrola la reciente decisión tomada por la CSJN argentina el 27/12/16 en la causa *Mendoza*, por medio de la cual, 8 años después de dictada la sentencia estructural en dicho expediente, ordenó a los condenados establecer un sistema de indicadores que permita medir y controlar el estado de avance del complejo plan de remediación establecido por el tribunal en aquella oportunidad.

<sup>283</sup> Ver RODRÍGUEZ GARAVITO, C., y RODRÍGUEZ FRANCO, D., *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires (2015).

<sup>284</sup> Ver POST, R., y SIEGEL, R., *Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial*, en POST, R., y SIEGEL, R., *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires (2013), pp. 19-141.

*de colaboración de los poderes políticos lo ha justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas a adoptar a partir de su propio criterio*<sup>285</sup>.

En este sentido dicho autor también nos recuerda que es fundamental tener en cuenta que los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos son “*de inestimable valor para ajustar aquellas discusiones acerca de la universalidad, transparencia e institucionalidad de las políticas sociales y las estrategias del desarrollo*”.

Ello por cuanto “*pueden servir para fijar un marco para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación para el desarrollo*”. Este “*enfoque de derechos*” resulta de especial importancia para “*establecer una vara o criterio común para la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas y estrategias*”<sup>286</sup>.

El fenómeno que analizamos se ha desarrollado en nuestra región en gran medida gracias a la consolidación democrática de los Estados, el reconocimiento cada vez más fuerte de ciertos derechos fundamentales (entre los cuales se destaca el de acceder al sistema de justicia para tutelar otros derechos), el resquebrajamiento de la idea de jerarquías de derechos en razón de su indivisibilidad e interdependencia (lo cual pone sobre la mesa la discusión sobre el costo de los derechos) y al hecho que, cada vez con mayor intensidad, diversos actores sociales operan como generadores o aceleradores de ciertas decisiones gubernamentales impostergables que, no obstante revestir tal carácter, son diferidas en el tiempo por los poderes Ejecutivo y/o Legislativo con motivo de la existencia de otras prioridades en la agenda política.

En este sentido puede observarse cómo distintos casos en materia de derecho ambiental, personas privadas de su libertad, minorías raciales, discapacitados, derechos políticos, enfermos psiquiátricos, y asuntos vinculados con otros campos de actuación trasladan al seno del Poder Judicial; cada vez con mayor frecuencia, el debate sobre

---

<sup>285</sup> Cf. ABRAMOVICH, V., *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, NexisLexis 0003/012631.

<sup>286</sup> ABRAMOVICH, V., *Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales*, parte del capítulo III de ABRAMOVICH, V.; BOVINO, A., y COURTIS, C. (compiladores) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, CELS (2006), pp. 218-219.

cuestiones que en otras épocas se resolvían, con un amplio margen de discreción, en sede administrativa o legislativa. Y se resolvían allí justamente porque eran cuestiones colectivas que, por ese entonces, no admitían planteos judiciales orientados a su exigibilidad.

Las consecuencias sociales, políticas y económicas que genera el corrimiento en el ámbito de discusión de tales asuntos para los departamentos de Estado encargados de diagramar e implementar políticas públicas son verdaderamente trascendentes.

Entre ellas pueden señalarse al menos las siguientes:

- (i) Imposibilidad de esgrimir razones de mérito y conveniencia para postergar decisiones cuando hay derechos fundamentales afectados, y consiguiente obligación de instrumentar soluciones aun en situaciones de crisis y limitaciones presupuestarias para garantizar el mínimo existencial de tales derechos<sup>287</sup>;
- (ii) Severa restricción en el manejo del tiempo de las decisiones;
- (iii) Puesta en juego de la responsabilidad política y personal de los agentes y funcionarios encargados de tomar tales decisiones;
- (iv) Aumento de la exposición mediática de los asuntos, lo cual produce un reposicionamiento de los factores de poder y genera una mayor transparencia en la discusión al permitir mayor control social sobre la misma<sup>288</sup>;
- (v) Traslado del poder de decisión sobre asignación de recursos presupuestarios, al menos indirectamente, a manos distintas de las elegidas por mayoría para tomar tales decisiones;
- (vi) Obligación de discutir en base a reglas iguales para todas las partes involucradas en el conflicto y frente a un tercero imparcial, quien debe resolver el asunto justificando su decisión conforme a derecho y no en base a directrices políticas.

Uno de los aspectos más delicados que presenta la tutela colectiva observada desde esta perspectiva (esto es, en cuanto instrumento

<sup>287</sup> Por “mínimo existencial” entendemos “el contenido mínimo de los derechos sociales, constitucionalmente garantizado, que permite su inmediata justiciabilidad” (HENRIQUES DA COSTA, S., *Controle Judicial de Políticas Públicas. Relatório Nacional (Brasil)*, Civil Procedure Review, v.4, Special Edition (2013), pp. 70-120, 93).

<sup>288</sup> Cuestión que involucra incluso a los jueces, quienes identifican como un verdadero problema “la exposición pública que adquieren (...) cuando deben resolver determinadas problemáticas sociales” (ver CIPPEC, “Aportes para mejorar el uso del litigio estratégico”, disponible en <http://www.cippec.org/documents/10179/54837/Reporte,%20Justicia,%20Aportes+para+mejorar+el+uso%20+del+litigio+estrategico,%202010.pdf/660fe0a2-b8e6-4a25-856f-d15eb8620851> (última visita el 2/1/17)).

para controlar la constitucionalidad y convencionalidad de reglamentaciones y omisiones en materia de política pública) es que las mencionadas consecuencias y tensiones que produce la modificación en el ámbito de debate sobre ciertos conflictos se manifiestan no solo cuando el Poder Judicial excede sus competencias –y vulnera por ello el principio de división de poderes– sino también cuando aquel actúa en un marco constitucionalmente legítimo.

Tal vez sea esta una buena razón para que el fenómeno de los procesos colectivos donde se discute la constitucionalidad o convencionalidad de ciertas políticas públicas comience a ser estudiado con mayor profundidad no solo por abogados sino también, y muy especialmente, por politólogos, sociólogos y economistas.

En línea de principio, la teoría constitucional tradicional sostiene que la rama Judicial configura un poder del Estado tan democrático como el Ejecutivo o el Legislativo, aun cuando su legitimidad descansa sobre bases distintas al sufragio popular. Partiendo de esta premisa, diversas teorías han sido elaboradas para determinar cuáles son los límites del Poder Judicial en el marco de sistemas republicanos y su relación con el resto de los poderes estatales, especialmente en el intento de justificar su potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes<sup>289</sup>.

A esto se suma en nuestra región el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces de los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos<sup>290</sup>.

---

<sup>289</sup> Entre otros, ver los trabajos de ELY, J. H., *Democracia y Desconfianza*, Ed. Siglo del Hombre, Santa Fe de Bogotá (1997); GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ed. Ariel, España (1996); GARGARELLA, R., *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*, ISONOMÍA Nº 6 / abril 1997; GARGARELLA, R., *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Ed. Capital Intelectual, Bs. As. (2004); FISS, O. M., *The Supreme Court 1978 Term*, 93 Harv. L. Rev. 1; NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2000), pp. 657 y ss.; *La Constitución en la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Barcelona (1997), pp. 258 y ss.

<sup>290</sup> En general sobre el tema consultar GONZÁLEZ, P.; REYES, N., y ZÚÑIGA, M., *La doctrina del control de convencionalidad y su Aplicación en Algunas Experiencias Nacionales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2016), disponible en [http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5497/librocontroldeconvencionalidad\\_julio2016\\_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5497/librocontroldeconvencionalidad_julio2016_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (última visita el 2/1/17).



La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció sobre este deber por primera vez en pleno al dictar sentencia en el caso *Almonacid Arellano*<sup>291</sup>. Allí el tribunal estableció que la ejecución extrajudicial de Almonacid Arellano, cometida por agentes estatales, constituía un crimen de lesa humanidad y sostuvo que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de tales crímenes mediante la aplicación de leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna<sup>292</sup>.

En esa oportunidad, el tribunal afirmó también que, aun cuando los jueces deben en principio aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico del país donde ejercen sus funciones, desde el momento en que tal país ratifica un pacto internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esos jueces pasan a estar obligados también por tal instrumento. Y es por ello, afirmó la Corte Interamericana, que deben ejercer *“una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas (...) y la Convención”*.

Más importante aún: en esta sentencia se sostuvo que, a la hora de ejercer el control de convencionalidad que deriva de dicha obligación, los jueces locales deben efectuar la comparación teniendo en cuenta no solo la letra del instrumento internacional de que se trate sino también la interpretación efectuada por la propia Corte en torno a sus previsiones<sup>293</sup>.

En el marco de estas dos teorías (control de constitucionalidad / control de convencionalidad), puede afirmarse como principio que la ac-

<sup>291</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154. El mismo día fue dictada otra sentencia donde solo el Juez García Ramírez se explayó sobre el mecanismo: Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, N°155 (párr. 7 de su voto).

<sup>292</sup> Párr. 104 y 114.

<sup>293</sup> Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124. Sobre el valor de las interpretaciones efectuadas por la Corte en sus pronunciamientos, Bazán señala que: su importancia *“excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que impone el Estado Constitucional de Derecho en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano”* (BAZÁN, V., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*, ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México (6-10 de diciembre de 2010)).

tuación del Poder Judicial en la desactivación de conflictos colectivos no implicaría un avance indebido sobre el resto de los departamentos de Estado siempre que los jueces ejerzan con responsabilidad su tarea y se limiten a actuar en el marco de las competencias que le fueron constitucionalmente asignadas (*self restraint*)<sup>294</sup>.

Por el contrario, el abuso efectivamente se presentará si el Poder Judicial excede dicho límite. En este último supuesto sería correcto hablar de vulneración del principio de división de poderes, pero debe quedar en claro que se trata de un supuesto patológico.

Además, si el Poder Judicial puede resolver cientos o miles de conflictos similares o idénticos planteados individualmente y de manera atomizada ante diversos tribunales, ¿por qué no puede hacerlo en forma concentrada cuando el conflicto se presenta debidamente ante sus estrados como un caso colectivo, aun cuando ello implique controlar la constitucionalidad de una decisión del gobierno?<sup>295</sup>

Las teorías en materia de control de constitucionalidad y convencionalidad, sin embargo, deberían también comenzar a revisarse ya que fueron pensadas en el contexto de una tarea que –en principio– solo se ejercía en casos individuales. Una cosa es el ejercicio de control de constitucionalidad por parte de los jueces en un caso individual. Algo bien diferente (por sus enormes implicancias y derivaciones) es el ejercicio de ese poder en el contexto de casos colectivos.

Por otra parte, cabe tener presente que en la discusión sobre las tensiones existentes entre procesos colectivos que involucran cuestiones de política pública y el sistema republicano de gobierno, usualmente se soslayan las importantísimas ventajas que este instrumental procesal puede acarrear en distintos aspectos, como hemos visto hasta aquí, tanto para el Estado como para los sujetos afectados. Asimismo, se soslaya que los distintos estándares que han fijado las convenciones y los órganos del Sistema de Protección de Derechos Humanos encargados de interpretarlas y aplicarlas, conforman parte de la exigibilidad y justiciabilidad de los respectivos derechos. Esos estándares

---

<sup>294</sup> En general sobre las tensiones que se produce entre el Poder Judicial y los otros departamentos de Estado ver GARGARELLA, R., (Compilador) *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Ediciones Siglo XXI (2014).

<sup>295</sup> Giannini ha expuesto esta idea muy claramente al trabajar sobre la tutela de derechos individuales homogéneos (ver GIANNINI, L. J., *La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos*, Librería Editora Platense (2007), pp. 72 y ss.).

garantizan un núcleo mínimo infranqueable para el margen de apreciación nacional, el cual resulta absolutamente controlable por los jueces<sup>296</sup>.

Tales ventajas y estándares no pueden esgrimirse para justificar exceso alguno del Poder Judicial, esto debe quedar claro. Sin perjuicio de ello, sostenemos que su acabado conocimiento y entendimiento podría ayudar a flexibilizar posiciones y –a partir de allí– aunar esfuerzos para construir soluciones que permitan mantener a raya la mencionada tensión. Una tensión con la cual tenemos que aprender a convivir en la región si nos tomamos en serio los derechos y garantías establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también las opiniones y sentencias que han emitido los órganos del Sistema Interamericano a la hora de definir la aplicación práctica de aquellos.

Podemos ver de este modo que la posibilidad de discutir conflictos colectivos en sede judicial configura mucho más que un mecanismo de protección de derechos. Configura un verdadero canal de participación política directa que rompe con las modalidades tradicionales de intervención en el debate público, produce serias consecuencias de diversa índole y está generando, con ello, no solo un redimensionamiento del rol del Poder Judicial sino también un verdadero cambio de paradigma en la dinámica de distribución del poder en el marco de nuestras sociedades.

#### **e. Obtención de soluciones igualitarias**

Una última ventaja de los procesos colectivos que nos interesa destacar es que la concentración de conflictos individuales en un único proceso permite disminuir el riesgo de sentencias contradictorias sobre la misma cuestión de hecho o de derecho.

Tradicionalmente nos han enseñado que el hecho de existir sentencias contradictorias sobre una misma cuestión es una consecuencia necesaria de algunos principios que gobiernan nuestros sistemas procesales tradicionales. Nos referimos por ejemplo a los principios dispositivo y de preclusión, que permiten, por ejemplo, que tres personas que sufrieron daños con motivo de un mismo accidente automovilístico

---

<sup>296</sup> Para un análisis de las limitaciones que los diseños institucionales latinoamericanos conllevan en la exigibilidad y satisfacción de derechos reconocidos constitucionalmente, ver Gargarella, R., *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz Editores, Madrid (2014).

puedan obtener tres sentencias distintas (por haber consentido decisiones adversas sobre incidentes que pongan fin al pleito, por no haberse agraviado oportunamente del monto asignado en concepto de indemnización por daños, por tener un mejor o peor abogado, o bien por simples cuestiones coyunturales y del azar, entre otros factores).

Si bien podemos tolerar estas decisiones diversas y considerar que no configuran una violación del derecho de igualdad ante la ley cuando los conflictos en discusión son de corte individual, no necesariamente sucede lo mismo cuando el conflicto es de índole colectiva. Sucede que en este último supuesto la presión social sobre el sistema de administración de justicia para obtener una solución igualitaria frente a situaciones similares es mucho mayor. Y, al mismo tiempo, esa cuestión de escala influye sobre la percepción de que, si no resuelve lo mismo ante los mismos hechos, algo en el sistema no está bien.

En este sentido, debemos tener presente que la búsqueda de soluciones igualitarias es una problemática general del derecho. De allí que podamos encontrar sistemas que regulan fallos plenarios y otros mecanismos de generación de doctrinas obligatorias por parte de los superiores tribunales de justicia a fin de ser aplicadas por los tribunales inferiores. En la misma línea podríamos ubicar los desarrollos en torno a la teoría del precedente y la redefinición del rol de tales tribunales superiores en la organización estatal.

Lo que se busca con todos estos mecanismos no es otra cosa que uniformar la jurisprudencia y afianzar de tal modo la garantía de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, permitiendo que los casos similares sean juzgados del mismo modo. Pues bien, los procesos colectivos cumplen con esta función en forma muy eficiente al involucrar no solo la resolución igualitaria de casos que pueden plantearse individualmente ante el sistema de justicia, sino también de conflictos que viven quienes –con motivo de las barreras que brevemente abordamos más arriba– no pueden acceder a discutir ante un juez.

Algunos autores entienden que esta finalidad no resulta por sí sola una justificación suficiente del proceso colectivo<sup>297</sup>. Se comparta o no esa postura, consideramos evidente que las consecuencias igualitarias que genera el proceso colectivo merecen ser tenidas especialmente

---

<sup>297</sup> Ver en este sentido GIUSSANI, A., *Studi sulle class actions*, CEDAM, Padova (1996), pp. 190-191 (considera la tendencia hacia la uniformidad de la decisión como un mero epifenómeno de la acción representativa, bienvenido por supuesto, pero no específicamente buscado por el mecanismo).

en cuenta como otra relevante ventaja que apareja este tipo de tutela diferenciada ya que concurre a dotar de eficacia a ese derecho tan fundamental de la vida democrática.

#### IV. REDIMENSIONAMIENTO DEL ROL DEL PODER JUDICIAL

De acuerdo con lo que venimos desarrollando, podemos afirmar que el rol del Poder Judicial se encuentra en plena reconfiguración desde el momento en que ha comenzado a intervenir, cada vez con mayor frecuencia, en el tratamiento y resolución de conflictos colectivos.

Sucede que se trata de conflictos que pueden caracterizarse como de interés público si partimos de la premisa que: (i) involucran una gran cantidad de personas afectadas en sus derechos de manera similar; y (ii) su debate en sede judicial exige abordar cuestiones de trascendencia política, social y/o económica, aunque más no sea por el gran número de personas afectadas<sup>298</sup>.

En muchas ocasiones estos conflictos demandan al Poder Judicial expedirse sobre la constitucionalidad y convencionalidad de una determinada situación fáctica. En otras, todavía más complicadas, exigen el dictado de una sentencia estructural como único remedio viable para garantizar la tutela de los derechos afectados.

Por otro lado, también tenemos aquellos conflictos colectivos que, aun sin exigir ese tipo de complejas decisiones, ponen al Poder Judicial en situación de decidir sobre la constitucionalidad y convencionalidad de ciertas acciones u omisiones del poder estatal en el marco de la diagramación e implementación de políticas públicas (especialmente aquellas vinculadas con sectores de la población tradicionalmente postergados, desprotegidos o desaventajados). Decisiones que en algunos casos pueden ir acompañadas de órdenes de condena que no llegan a adquirir la complejidad que caracteriza a las de tipo estructural.

<sup>298</sup> VERBIC, F., *Procesos colectivos. Necesidad de su regulación*, L. L. 2010-A-769. Los desarrollos de este apartado siguen las ideas presentadas en VERBIC, F., *Un nuevo proceso para conflictos de interés público en la República Argentina*, Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 40, Nº 244, p. 287-322 (jun. 2015).

Si tenemos en consideración que los conflictos de tipo colectivo fueron tradicionalmente discutidos y resueltos en las arenas de la estructura estatal con legitimación democrática directa y mayoritaria (esto es, Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), no resulta difícil advertir el profundo cambio de paradigma que ha significado comenzar a hacer lo propio en el seno del Poder Judicial. Máxime cuando estos procesos involucran pretensiones que buscan controlar el alcance o la implementación de determinadas políticas públicas que vulneran derechos de los ciudadanos<sup>299</sup>.

En todos estos supuestos nos enfrentamos con conflictos de índole policéntrica<sup>300</sup> cuya introducción en el Poder Judicial provoca casos que, tal como afirma Berizonce<sup>301</sup>, demandan de los tribunales “*nuevas y más complejas misiones*” y que, como señala Damaška, muchas veces involucran a estos últimos en actividades administrativas de supervisión e incluso en el ejercicio de “*mini legislación*”<sup>302</sup>. Este fenómeno demanda romper con un molde procesal tradicional que se muestra cada vez más inadecuado para el tratamiento de semejantes asuntos.

Sucede que ese molde procesal tradicional solo permite abordar los conflictos colectivos en un contexto casi secreto, caracterizado por un trámite eminentemente escrito y en el cual el debate se produce entre pocos, por lo general sin intermediación con el juez ni audiencias públicas, sin mecanismos que permitan ampliar la intervención y participación social, y sin herramientas de publicidad que concurren a garantizar transparencia y control social sobre la discusión.

Las excepciones en cuanto a la forma de procesar y gestionar esta clase de conflictos son usualmente el resultado del activismo de algunos jueces y tribunales que han logrado construir procesos con particularidades que vale la pena destacar, ya que demuestran la insuficiencia de aquel molde tradicional para atender conflictos de estas proporciones. Entre ellas podemos comenzar mencionando

<sup>299</sup> VERBIC, F., *Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia*, RDP, Número especial 05-2012, Conferencia IAPL-IIDP.

<sup>300</sup> CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol. 89 (may 1976), p. 1281.

<sup>301</sup> BERIZONCE, R. O., *Los conflictos de interés público*, RDP 2011-2. En la misma línea, CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol. 89 (may 1976), p. 1281; RESNIK, J., *Managerial Judges*, 96 Harv. L. Rev. 374 (1982-1983).

<sup>302</sup> DAMAŠKA, M. R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press (1986), p. 237.

justamente el ejercicio de un fuerte activismo y el uso efectivo de aquellos poderes acordados al juez por la normativa procesal, generalmente no utilizados.

Asimismo, se destaca el empleo de un método dialogal para la solución del conflicto, el cual tiende a producirse en un marco de publicidad y transparencia más amplio que el del proceso tradicional. Sobre esta cuestión hemos señalado en otro lugar que *“con ser admitido que en el modelo del Estado Democrático de Derecho se reserva a los jueces verdaderas funciones de garantía para asegurar, en ejercicio de control de constitucionalidad y de convencionalidad, la operatividad de los derechos fundamentales, sobreviene el arduo desafío de articular en concreto semejantes atribuciones con las funciones políticas a cargo de los restantes poderes. Precisamente la intervención de los jueces en función de garantía y el contenido eminentemente público de la jurisdicción brindan sustento a novedosos modelos de procesos y de gestión, caracterizados por singulares métodos ‘dialogales’ y encaminados a la búsqueda concertada de soluciones estructurales”*<sup>303</sup>.

En tercer lugar, muchas veces puede observarse en el trámite de estos asuntos la modulación y flexibilización de ciertas reglas postulatorias y probatorias.

En cuarto término, estos procesos suelen caracterizarse por finalizar con el dictado de complejas decisiones de tipo remedial que comúnmente implican mandas de diversa índole y se proyectan hacia el futuro más que hacia el pasado<sup>304</sup>, aun cuando también sucede que puede bastar con una condena tradicional o bien con la mera declaración de inconstitucionalidad o inconventionalidad de ciertos actos u omisiones estatales. No obstante ello, incluso en estos casos todo concurre a sostener la necesidad de ampliar el debate sobre tales cuestiones.

Cuando se trata de asuntos que derivan en órdenes estructurales, encontramos otra característica de este nuevo tipo de procesos: la generación de complejos procedimientos de ejecución o implementación de la sentencia que se continúan en el tiempo y demandan, nuevamente, cierta relación dialogal entre las partes y el órgano

<sup>303</sup> BERIZONCE, R. O., y VERBIC, F., *Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)*, L. L. 2013-D-778.

<sup>304</sup> Ver BERGALLO, P., *Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina*, disponible en [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=yfs\\_sela](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=yfs_sela) (última visita el 2/1/17).

judicial para su efectivo cumplimiento (volveremos sobre esto más adelante)<sup>305</sup>.

Por último, se destaca en estos procesos la tensión que, indefectiblemente, producen en la lógica tradicional del sistema republicano de gobierno al permitir una injerencia directa del Poder Judicial sobre decisiones de otros poderes del Estado que podrían considerarse tomadas, al menos en principio, en ejercicio de funciones privativas de los mismos<sup>306</sup>.

Vale señalar que el tratamiento de estos asuntos de interés público en sede judicial fue durante mucho tiempo un fenómeno que se produjo casi exclusivamente en Estados Unidos. En este sentido, hace poco más de dos décadas Taruffo y Hazard afirmaban que *“El rol central que tienen los tribunales ordinarios en la resolución de controversias que involucran cuestiones de derecho público es un fenómeno exclusivo [unique to] de los Estados Unidos. En la mayoría de los demás sistemas políticos modernos las cuestiones de derecho público son usualmente resueltas por tribunales especiales que tienen competencia en asuntos administrativos y constitucionales, y mediante procedimientos especiales”*<sup>307</sup>.

Este escenario, sin embargo, ha cambiado drásticamente desde entonces ya que en diversos países de la región latinoamericana y del mundo, las Cortes nacionales han asumido un rol protagónico en la definición de cuestiones de interés público de diversa índole a través del tratamiento y resolución de conflictos colectivos<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup> VERBIC, F., *Ejecución de sentencia en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*, Ponencia General - XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, Argentina (septiembre 2013); VERBIC, F., *El caso ‘Mendoza’ y la implementación de la sentencia colectiva*, J. A. 2008-IV-336.

<sup>306</sup> BERIZONCE, R. O., *Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática*, Disertación pronunciada en las V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, La Plata (5-6 de abril de 2013), disponible en <http://www.aadproc.org.ar/institucional/opinion/17-virtualidad-de-los-derechos-fundamentales-e-institucionalidad-republicana-y-democratica> (última visita el 2/1/17).

<sup>307</sup> HAZARD, G. C. Jr., y TARUFFO, M., *American Civil Procedure*, Yale University Press, New Haven (1993), p. 29.

<sup>308</sup> Solo por poner algunos ejemplos podemos destacar en esta línea la actuación de la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la India, el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Sudáfrica.



Curiosamente, según explica Resnik, la tendencia en la actualidad parece ser exactamente opuesta en los Estados Unidos, donde cada vez más ciertos grupos desaventajados, como ser los consumidores y trabajadores, “están siendo enviados al sector privado para resolver sus disputas a través de la doctrina sobre la Ley Federal de Arbitraje y otros desarrollos”<sup>309</sup>.

¿Cuáles son las implicancias de todo esto y por qué sostenemos que se encuentra en pleno proceso de desarrollo un profundo redimensionamiento del rol del Poder Judicial en los sistemas republicanos y democráticos de la región?

Para responder este interrogante debemos considerar que en los últimos años, y cada vez con mayor intensidad, diversos actores sociales han ganado un rol protagónico en el escenario del debate público mediante el planteo de acciones judiciales colectivas de diversa índole que configuran una modalidad muy concreta de intervención política en el sistema democrático<sup>310</sup>. Una modalidad bien diferente al sufragio popular y con gran potencial de impacto concreto en la agenda pública<sup>311</sup>.

Pongamos como ejemplo de esto al caso *Mendoza* en Argentina, al cual ya nos hemos referido, donde puede verse una activa intervención de la CSJN en un proceso colectivo de reforma estructural que involucra distintos aspectos de política pública vinculados con el medio ambiente y la salubridad del entorno vital de millones de individuos.

<sup>309</sup> RESNIK, J., *The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. (2014) 162:1793.

<sup>310</sup> En este sentido es interesante lo que destaca Epp en cuanto a que “*Ni una Constitución escrita ni una cultura defensora de los derechos ni la actitud liberal de los jueces son suficientes para lograr que el sistema judicial preste una atención sostenida a los derechos y los respalde. La protección de los derechos y libertades civiles depende, además, de una estructura de sostén enraizada en la sociedad*” (EPP C. R., *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y Cortes Supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires (2013), pp. 302-303).

<sup>311</sup> Ver KUMM, M., *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Right-Based Proportionality Review*, 4 Law & Ethics Hum. Rts. 140, 144 (2010) (afirmando que la participación política en el marco de las sociedades democráticas contemporáneas no debería estar limitada al derecho a voto, y sosteniendo que “*el control de constitucionalidad basado en el test de proporcionalidad no solo es compatible con las democracias liberales, sino que además institucionaliza un derecho de justificación que debería ser considerado como un compromiso institucional tan básico del constitucionalismo liberal-democrático como lo es la responsabilidad electoral basada en el derecho igualitario al voto*”).

Este caso, y tantos otros en distintos lugares de la región, trasladaron al seno del Poder Judicial el debate sobre conflictos que en otras épocas se resolvían, con un amplio margen de discreción, en sede administrativa o legislativa.

Además este tipo de casos han sido determinantes para mostrar las trascendentes consecuencias sociales, políticas y económicas que genera el corrimiento en el ámbito de discusión de conflictos colectivos para los departamentos de Estado encargados tradicionalmente de diagramar e implementar casi con absoluta libertad la agenda de políticas públicas. Con relación a esto, nos remitimos a las consecuencias abordadas cuando tratamos el potencial de los procesos colectivos como instrumento para el control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de reglamentaciones y omisiones en materia de políticas públicas (apartado 3.4).

Como hemos ya señalado, esta puede ser una buena razón para que el fenómeno de los procesos colectivos comience a ser estudiado con mayor profundidad por otras disciplinas tales como la economía, la sociología y la politología.

## V. ROL DEL JUEZ EN EL PROCESO COLECTIVO

### a. El juez como director del proceso. Poderes instructorios y ordenatorios. Gestión judicial. Oralidad y audiencias

El interés público involucrado en esta tutela diferenciada excepcional demanda de los jueces una participación activa y el permanente ejercicio de facultades y poderes instructorios y ordenatorios para permitir una adecuada discusión del caso<sup>312</sup>.

Uno de los primeros en profundizar sobre el nuevo rol del juez en esta arena fue Chayes, por medio de un trabajo que puede ser calificado como clásico en la materia. Enfocado fundamentalmente en los litigios colectivos sobre derechos civiles que se desarrollaron en los Estados Unidos durante las décadas del 60' y 70' del siglo pasado, Chayes señaló que los jueces debían ejercer sus funciones como verdaderos directores de un proceso civil que involucraba por entonces,

---

<sup>312</sup> En este apartado sigo las ideas presentadas en VERBIC, F., *El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos*, publicado en BERIZONCE, R. O. (Coordinador) *Los Principios Procesales*, Librería Editora Platense, La Plata (2011).

cada vez con mayor frecuencia, cuestiones de derecho público. A su modo de ver, este nuevo rol es legítimo en términos constitucionales y se presenta como algo inevitable en la medida que se pretenda obtener justicia en el marco de sociedades cada vez más reguladas<sup>313</sup>.

Ya con anterioridad a la publicación de ese trabajo, desde distintos espacios institucionales se había comenzado a insistir en Estados Unidos sobre este necesario cambio de rol del juez para enfrentar conflictos de dimensiones y complejidad cada vez mayores<sup>314</sup>. Tan fuerte fue esa insistencia que, de acuerdo con algunos autores, la figura del juez como director del proceso ha impregnado también el proceso civil tradicional estadounidense cuando de lidiar con casos complejos se trata, desplazando en ciertas medidas al modelo netamente adversarial que siempre fue considerado una de sus características más específicas<sup>315</sup>.

En esta perspectiva, Resnik ha señalado que *“Este nuevo rol directivo apareció por varias razones. Una de ellas es el establecimiento de derechos de descubrimiento de pruebas (discovery) en la etapa de pre-trial. Las Reglas Federales de Procedimiento Civil de 1938 adoptaron mandatos contradictorios: un sistema de discovery (“entrega a tu oponente toda información relevante para el litigio”) fue combinado con las normas adversariales estadounidenses (“protege a tu cliente celosamente” y por ende “rehústate a entregar todo lo que puedas”). En algunos casos las partes discutieron sobre el alcance de sus obligaciones bajo las reglas del discovery. Estas disputas generaron la necesidad de que alguien decidiera los conflictos en la etapa de pre-trial. Los jueces aceptaron la tarea y se convirtieron así en mediadores, negociadores y planificadores –al mismo tiempo que juzgadores. Además, una vez involucrados en el discovery durante la etapa de pre-trial, muchos jueces se convencieron de que su presencia en otros puntos del desarrollo del proceso también sería beneficiosa”*. Sobre tales premisas Resnik afirmaba ya en el año 1982 que *“la supervisión*

<sup>313</sup> CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. p. 1281 (1976); traducción al español de MINATTA, O., y VERBIC, F., *El Rol del Juez en el Litigio de Interés Público*, de próxima publicación en *Revista Científica de Derecho*, N° 1, Ed. Thomson Reuters, Argentina.

<sup>314</sup> Entre las instituciones se destaca especialmente el *Federal Judicial Center*, creado en 1967 para ser el brazo de investigación, desarrollo y entrenamiento del Poder Judicial federal. Ver MC GOVERN, F. E., *Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation*, 53 U. Chi., L. Rev. 440 (1986).

<sup>315</sup> Ver en este sentido el trabajo de RICHEY, C. R., *Rule 16: A Survey and Some Considerations for the Bench and Bar*, 126 F.R.D. 599, 603 (1989); MULLENIX, L. S., *Lessons from Abroad: Complexity and Convergence*, 46 Vill. L. Rev. 1 (2001).

*del discovery se transformó en un conducto que llevó el control judicial a todas las fases del litigio, y por ende infundió a los procesos con la presencia continua de un juez-supervisor*<sup>316</sup>.

Lejos de tratarse de un hecho aislado, ese cambio radical en la función judicial –que paulatinamente comienza a verse también en nuestra región– se dio en el marco de un proceso histórico que involucró un profundo cambio en la visión de la sociedad respecto de los objetivos del derecho en general.

En este nuevo imaginario, el proceso judicial dejó de ser un mecanismo para resolver exclusivamente disputas privadas por medio de un juez neutral y se convirtió en una herramienta para alcanzar cambios sociales<sup>317</sup>. Algunos han calificado al juez en estos contextos procesales como el *“director de una especie de pequeña burocracia estatal cuyo objetivo es determinar derechos y distribuir responsabilidades entre un grupo de beneficiarios”*<sup>318</sup>.

Además del evidente ahorro de tiempo y recursos que supone una dirección y gestión adecuada del proceso colectivo por parte del órgano judicial, una de las principales ventajas de contar con un juez activo en este tipo de procesos está en la protección que tal participación proporciona a los derechos de los sujetos involucrados en el caso.

En particular, se ha señalado que un juez activo limita drásticamente el poder de las partes para ejercer coerción y lograr un acuerdo transaccional aun cuando no haya mérito para ello (posible resultado indeseado que configura, como es sabido, uno de los principales argumentos utilizados por los detractores de los mecanismos de tutela colectiva de derechos)<sup>319</sup>.

<sup>316</sup> RESNIK, J., *Managerial Judges*, 96 Harv. L. Rev. 374 (1982-1983); traducción al español de MAMBERTI, M. E., y VERBIC, F., *Los Jueces como Directores del Proceso*, de próxima publicación en *Revista Científica de Derecho*, N° 1, Ed. Thomson Reuters, Argentina.

<sup>317</sup> Cf. THOMAS, C., *A Return to Civility*, 33 Tulsa L. J. 7, 11 (1997).

<sup>318</sup> CAPPALLI, R. B., y CONSOLO, C., *Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry*, 6 Temp. Int'l & Comp. L. J. 217 (1992), nota a pie de página N° 261.

<sup>319</sup> Ver WILLING, T. E., *An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges*, 71 N.Y.U. L. Rev. 74 (1996). Según Willing, los resultados del estudio de campo demuestran que aun cuando no pueda afirmarse que una activa dirección del proceso elimina la posibilidad de forzar al demandado a entrar en acuerdos extorsivos, dicha actividad efectivamente disminuye la posibilidad de que la sola certificación de la acción, sin importar el mérito de la pretensión de fondo, pueda forzar la celebración de acuerdos del género.

Más allá de las críticas que puedan esgrimirse contra este redimensionamiento en el rol judicial, provocado fundamentalmente por el cambio en el tipo de conflictos que el sistema de administración de justicia debe resolver, hay un hecho indiscutible que entendemos debe servir como punto de partida para cualquier análisis sobre el tema: el tiempo judicial es escaso, razón por la cual los jueces deben utilizarlo de la mejor manera posible haciendo uso de toda la colaboración que puedan obtener de las partes para definir los contornos del debate y evitar incurrir en actuaciones innecesarias a fin de asegurar el respeto de las garantías fundamentales de los miembros ausentes y obtener una justa resolución del conflicto.

Es por eso que el *Manual for Complex Litigation* se refiere a la “supervisión judicial” como uno de los principios generales que gobiernan el campo procesal colectivo. Al explicar sus alcances, destaca cómo invertir tiempo en etapas tempranas del litigio lleva a una resolución más rápida del asunto, evita incurrir en actividades innecesarias y –en el largo plazo– implica un ahorro de tiempo judicial y un achicamiento de la carga de trabajo del tribunal<sup>320</sup>.

Con referencia a los alcances y beneficios de estos poderes de dirección en nuestra región, la opinión mayoritaria de la doctrina comparte la idea de que “*la incorporación moderada de mayor amplitud de poderes-deberes del juez en los procesos civiles, sin que se vulnere el principio dispositivo, le da mayor celeridad a la justicia civil*”<sup>321</sup>.

En el contexto de casos complejos, como son aquellos donde se discuten conflictos colectivos, tales poderes y deberes cobran especial relevancia para evitar maniobras dilatorias, facilitar una profunda y oportuna discusión de todas las cuestiones involucradas y permitir de ese modo que la tutela diferenciada de estos asuntos cumpla con las finalidades a que nos hemos referido en el apartado 3.

Frente a lo dicho hasta aquí se podría señalar que el rol de dirección del juez durante la tramitación de un proceso individual también resulta esencial. Sin embargo, entendemos que ello no es necesariamente así.

<sup>320</sup> FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual For Complex Litigation* (Fourth) § 10.01 (2004).

<sup>321</sup> PEREIRA CAMPOS, S.; VILLADIEGO BURBANO, C., y CHAYER, H. M., “*Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe*”, en PEREIRA CAMPOS, S. (Coordinador) *Modernización de la justicia civil*, Universidad de Montevideo (2011), pp. 67-68.

En el marco de un proceso individual, la presencia de un juez activo, atento y razonable en el ejercicio de su función lleva sin lugar a dudas a lograr un mejor resultado, a obtener una sentencia más justa y del modo más eficiente posible en términos tiempo y recursos, tanto del sistema de justicia como de las partes involucradas en el proceso. Sin perjuicio de estas claras ventajas, la ausencia de un juez con las mencionadas características no impide que el proceso se desenvuelva y llegue a obtener una sentencia que resuelva el conflicto.

Será un proceso costoso, extremadamente lento y que en muchos casos terminará con una sentencia que no es todo lo justa que podría haber sido. Pero al fin de cuentas, será un proceso del tipo de los que conocemos bien y abundan en distintas jurisdicciones de nuestra región. Lo que nos interesa destacar es que, a pesar de la ausencia del juez en lo que hace a la administración y gestión de la causa, los procesos individuales permiten que la discusión se desenvuelva y –tarde o temprano– que el sistema emita una respuesta al conflicto.

Un proceso colectivo, por el contrario, solo puede funcionar razonablemente en la medida que el juez ejerza el papel de director y verdadero administrador del proceso en forma activa y decidida.

Ausente una participación del género es muy difícil que la discusión pueda desenvolverse en el contexto colectivo sin riesgo para la garantía de debido proceso de los miembros ausentes y las partes formales del proceso, y mucho más difícil todavía que el sistema brinde una respuesta adecuada al conflicto. Es en este sentido que entendemos que el rol activo del juez no es “esencial” en los procesos individuales, mientras que decididamente asume tal carácter en el marco de los colectivos.

¿En qué etapas procesales y con qué finalidades puede ejercer el juez este activo rol de gestión y dirección?

Entre otras, se destacan por ejemplo la posibilidad de controlar inicialmente –y supervisar durante todo el proceso– que el representante del grupo sea adecuado, pudiendo convocar a otros legitimados para participar en el debate, ordenar la división del grupo en subclases y hasta separar al representante en caso de encontrar situaciones graves que lo justifiquen.

Asimismo, convocar audiencias entre las partes para discutir modalidades de gestión del asunto, intentar avanzar soluciones autocompo-

sitivas, organizar calendarios de trabajo, distribuir cargas probatorias. Ello sin contar la posibilidad de realizar audiencias públicas con finalidades de diversa índole.

Estos poderes también podrían utilizarse para gestionar las modalidades de ejercicio de los derechos de intervención o exclusión del proceso por parte de los miembros del grupo.

En esa misma línea, uno de los campos más relevantes para la actuación del juez es aquel vinculado con las notificaciones y la publicidad del proceso colectivo. Sus poderes pueden justificar órdenes de notificación en distintas etapas del proceso cuando, a juicio del magistrado, ellas resultan importantes a fin de proteger los miembros del grupo o bien facilitar la conducción del proceso. Igualmente, le permiten disponer medidas de publicidad de diversa índole para fortalecer el control social sobre la decisión y habilitar una mayor intervención de voces en el debate.

Otro espacio para el ejercicio de estos poderes se encuentra en la supervisión sobre tiempos y costos del proceso (asignación y distribución de cargas y responsabilidades sobre tales costos), así como también en la fijación de límites a los honorarios de los abogados intervinientes en el pleito.

Cabe destacar que en nuestra región esta última cuestión estará condicionada por los esquemas arancelarios y de ejercicio profesional regulados en cada jurisdicción. Lo mismo cabe decir sobre los poderes del juez orientados a controlar los potenciales abusos que pueden presentarse en el uso de los procesos colectivos, tanto en lo que respecta a la conducta de los abogados como de las partes y expertos que intervienen en el trámite.

El CMPC carece de una previsión específica que se refiera a los poderes del juez en el marco del proceso colectivo. Sin embargo, una atenta lectura de su exposición de motivos y de su articulado permite fácilmente advertir que su rol de director a que nos venimos refiriendo se encuentra claramente configurado.

En este sentido, la exposición de motivos destaca que *“El proceso se desenvuelve por audiencias, ejerciendo el juez varios poderes de control y dirección”*, mientras que en el articulado se le acuerdan expresamente poderes y facultades para: controlar y supervisar la representatividad adecuada (art. 2); dispensar a las Organizaciones No

Gubernamentales del tiempo de preconstitución y citar a otros legitimados para que asuman la titularidad de la acción en caso de abandono o desistimiento infundado (art. 3); anticipar materialmente la tutela pretendida (art. 5); determinar medidas que aseguren el resultado práctico equivalente al cumplimiento cuando no pueda obtenerse el mismo en forma específicas y establecer multas de oficio (art. 6); determinar el destino de la indemnización obtenida (art. 8); permitir la alteración del objeto del proceso en cualquier instancia (art. 10); y decidir si el proceso debe tramitar en clave colectiva, fijar los puntos controvertidos y determinar las pruebas a ser producidas (art. 11).

Asimismo, el juez del proceso colectivo podrá impartir las órdenes que fuesen necesarias para suplir deficiencias probatorias y obtener los elementos que sean indispensables, así como revisar la asignación de la carga de la prueba durante la fase de producción de la misma y ordenar pruebas de oficio (art. 12); establecer el monto de honorarios de los abogados de la causa y fijar gratificaciones financieras para el legitimado colectivo en ciertas circunstancias (art. 15); atribuir efecto suspensivo al recurso de apelación contra la sentencia definitiva (art. 18); suspender la ejecución provisoria cuando pueda generar un lesión grave o de dificultosa reparación ulterior (art. 19); solicitar al demandado o a terceros información sobre las personas que integran el grupo (art. 20); disponer notificaciones de diversa índole y dirigidas a diferentes destinatarios (art. 21); determinar el monto de la indemnización individual que corresponda siempre que fuese posible (art. 22); notificar a distintos legitimados colectivos para que promuevan la acción cuando detecte la existencia de un conflicto colectivo a partir de un caso individual (art. 32); entre otras.

Para terminar con este punto, es necesario referirnos a la relevancia de la oralidad y la inmediatez del juez con las partes como modalidad de debate en el contexto de este tipo de procesos.

La inmensa mayoría de los países de nuestra región trabajan con sus conflictos civiles en el marco de sistemas procesales escriturarios y de estructuras judiciales burocráticas donde priman los “jueces de firma” y una gran delegación de tareas por parte de estos hacia funcionarios de su estructura<sup>322</sup>.

<sup>322</sup> Ver en este sentido, entre muchos otros, PEREIRA CAMPOS, S., *Presentación*, en PEREIRA CAMPOS, S. (Coordinador) *Modernización de la justicia civil*, Universidad de Montevideo (2011), p. 11 (sosteniendo que “*Todavía hay mucho por hacer para desterrar el proceso “desesperadamente” escrito que generó y genera tantos problemas en nuestros países, tales como: prácticas excesivamente ritualistas que convirtieron los requi-*



Nuevamente aquí sucede lo mismo que señalamos con relación al rol de director del juez: si este tipo de sistemas es contraproducente para obtener soluciones eficientes de los conflictos individuales, mucho más lo es todavía cuando se trata de tramitar y resolver discusiones sobre conflictos colectivos. Más aun, en este último supuesto se convierte en algo esencial ya que la complejidad del litigio colectivo y los intereses que allí se juegan pueden convertir a este proceso “desesperadamente escrito” en un verdadero laberinto sin salida.

De allí que el CMPC fue diagramado, como señalamos, sobre una estructura de proceso por audiencias. En esto sigue la línea del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en el año 1988 e implementado en gran medida y con éxito en el Código General del Proceso de Uruguay en 1989<sup>323</sup>.

El esquema que propone el Código Modelo se asienta en una audiencia preliminar de tipo ordenatoria y con finalidad conciliatoria (art. 11), seguida de otra audiencia “*de instrucción y juzgamiento*”. Solo en caso de no lograrse un acuerdo en la primera de dichas audiencias, el juez decidirá si el proceso puede ser tramitado en clave colectiva. En caso afirmativo, el CMPC otorga poder al juez para separar pretensiones en diversos procesos, fijar los puntos controvertidos, resolver cuestiones pendientes, ordenar la producción de las pruebas ofrecidas (distribuyendo expresamente entre las partes quien tiene la

---

*sitos de forma en los aspectos más importantes, duración excesiva de los procesos, falta de publicidad, inexistencia de inmediación, delegación de funciones esenciales del juez, falta de transparencia que es “caldo de cultivo” de la corrupción, proliferación innecesaria de múltiples estructuras procesales bajo el erróneo paradigma de que cada especialidad sustancial necesita una estructura procesal propia y distinta de las demás, entre otros. No podemos seguir tolerando un proceso lento, formal y burocrático, corporizado en un expediente judicial como eje central del proceso y de las decisiones, que campea en varios de nuestros países”.*

<sup>323</sup> Tanto Uruguay con su Código General del Proceso como otras reformas procesales posteriores en la región “han tenido como factor común el intento de modernizar nuestros procedimientos para que respondan de mejor manera a los diversos valores que hoy consideramos importantes proteger –como el debido proceso– y a los problemas que aquejan a nuestros sistemas judiciales, como la congestión, lentitud y poca transparencia, los que han sido resueltos con distintos grados de éxito. Estas reformas también han tenido como denominador común el cambio hacia sistemas en que se privilegia la oralidad para obtener la mejor concreción de la intermediación, asegurando la participación directa del juez en el proceso” (cf. DUCE, M.; MARIN, F., y RIEGO, C., *Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información*, en PEREIRA CAMPOS, S. (Coordinador) *Moderización de la justicia civil*, Universidad de Montevideo (2011), p. 178.

carga al respecto) y, finalmente, convocar a la audiencia de instrucción y juzgamiento en caso de ser necesario<sup>324</sup>.

## **b. Conversión de la acción individual en colectiva**

Como hemos ya señalado, el conflicto colectivo es un fenómeno extraprocesal que se genera con independencia de la materia de fondo en discusión. Para poder ser procesado y resuelto de modo colectivo por el sistema de justicia, dicho conflicto debe ser presentado ante el juez o tribunal que corresponda en forma de “caso” o “controversia”.

Sucede muchas veces, sin embargo, que los casos no son promovidos en clave colectiva sino individual. De hecho, esto es bastante común ya que muchos procesos colectivos son detectados con causa en la multiplicidad de casos individuales promovidos para discutir las mismas cuestiones contra los mismos demandados.

En este contexto, surge el interrogante de si el juez o tribunal puede convertir esa acción individual en una acción colectiva y, en su caso, cuáles son las medidas de gestión procesal que debe tomar para asegurar el debido planteo colectivo del asunto y también para garantizar el respeto de las garantías procesales de que gozan todas las partes involucradas en el conflicto.

<sup>324</sup> “Art. 11. Audiencia preliminar.- Cerrada la fase postulatoria, el juez convocará a la audiencia preliminar, a la cual comparecerán las partes o sus procuradores, habilitados para transigir. Par. 1o. El juez oír a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero. Par. 2º. La evaluación neutral de tercero, obtenida dentro del plazo fijado por el juez, será reservada, inclusive para éste, y no vinculante para las partes, pues su finalidad exclusiva es la de orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto. Par. 3o. Preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación. Par. 4º Obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial. Par. 5º Si no se obtuviere la conciliación, si ésta fuere parcial, o si, por cualquier motivo, no fuere adoptado otro medio de solución del conflicto, el juez, en forma fundada: I.- decidirá si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva; II.- podrá separar los pedidos en procesos colectivos distintos, tendientes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso; III.- fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas a ser producidas, y convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento, si fuere el caso. IV.- esclarecerá a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1º del art. 12”.

El CMPC contiene previsiones al respecto en su art. 32, donde se establece lo siguiente: *“Art. 32.- Conversión de las acciones individuales en una acción colectiva. Si el juez tuviere conocimiento de la existencia de diversos procesos individuales tramitados contra el mismo demandado, con el mismo fundamento, notificará al Ministerio Público y en la medida de lo posible, a otros representantes adecuados, a fin de que si lo desearan propongan una acción colectiva, pero quedará a salvo para los actores individuales la facultad prevista en el artículo anterior”*. La facultad de los actores a que se refiere esta norma es la de continuar con el proceso individual, salvo que prefieran solicitar la suspensión del mismo y esperar las resultas del proceso colectivo.

Sin perjuicio del título de este precepto, no queda claro de su texto si los legitimados colectivos notificados por el juez deben modificar y adecuar la demanda individual o bien promover una acción colectiva autónoma. De darse este último supuesto no habría en realidad “conversión” alguna sino que se produciría la apertura de otro contexto procesal de discusión colectiva del conflicto, originado en esa notificación ordenada por el juez o tribunal, pero con total independencia del caso individual.

Si por el contrario, se exigiese a los legitimados colectivos modificar y adecuar la demanda individual, efectivamente estaríamos ante una verdadera conversión de la pretensión. La opción por una u otra alternativa dependerá en gran medida del sistema de preclusiones vigente en cada país, así como también del alcance de los poderes de dirección y gestión del proceso que el juez o tribunal detente y ejerza.

Esta cuestión se encuentra desarrollada más claramente en el *Código Modelo de Proceso Administrativo –Judicial y Extrajudicial– para Iberoamérica* (en adelante “CMPA”), también elaborado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en el año 2012<sup>325</sup>. Allí se contempla una previsión específica al efecto cuando se trata de casos que involucran control judicial de políticas públicas.

En este sentido, el art. 25 apartado 4 del CMPA establece que *“Surgiendo en un proceso individual cuestión relativa a las políticas*

<sup>325</sup> Publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, N° 14, 2012, pp. 209 y ss. Según se señala en la exposición de motivos, la Comisión Redactora evitó utilizar la expresión “contencioso administrativo” para que el Código “pueda servir de modelo tanto para los países de jurisdicción doble (que adoptan tribunales administrativos especiales) como para los de jurisdicción única, donde no existen tribunales especializados para el juzgamiento del Estado”.

*públicas, el órgano jurisdiccional podrá suscitar, de oficio o a petición de las partes, incidente de colectivización, transformando la acción individual en un proceso colectivo, mediante la citación de los legitimados en las acciones colectivas para añadir a la inicial y acompañar el proceso*<sup>326</sup>.

En esa misma línea se enrola un proyecto de ley presentado en el 2014 en la Cámara de Diputados de Brasil, por medio del cual se pretende regular un proceso especial para el control y la intervención del Poder Judicial en políticas públicas<sup>327</sup>. Dicho proyecto establece en su art. 30 que en supuestos de relevancia social y una vez oído el Ministerio Público, el juez puede convertir la acción individual en una de tipo colectivo en dos supuestos:

- (i) Cuando tal acción individual tenga efectos colectivos en razón de perseguir la tutela de un bien jurídico colectivo e indivisible, cuyo daño afecte al mismo tiempo las esferas jurídicas del individuo y de la colectividad;
- (ii) Cuando tal acción individual tenga por finalidad resolver un conflicto derivado de una misma relación plurilateral cuya solución deba ser uniforme en atención a su naturaleza o por disposición de ley, asegurando así el tratamiento igualitario para todos los miembros del grupo y la obtención de un patrón de conducta consistente y único para la parte contraria.

En definitiva, acuerda el juez o tribunal la posibilidad de ordenar el procesamiento colectivo del conflicto en cualquier situación en que sea posible enjuiciar concentradamente la situación de los afectados, sea por la cuestión común en los supuestos de derechos individuales homogéneos, o bien por la indivisibilidad del bien tutelado en los supuestos de derechos colectivos.

Esta norma del proyecto dispone también que, una vez ordenada la conversión, el acto mantendrá la condición de legitimado para el pro-

<sup>326</sup> El CMPA también prevé la posibilidad de tomar uno o varios procesos individuales como casos testigo o piloto en los siguientes términos “Art. 35. *Habiendo procesos repetitivos a ser juzgados, el órgano jurisdiccional competente deberá seleccionar uno o algunos casos representativos de la controversia, quedando los demás procesos en suspenso, para que el juzgamiento de los seleccionados se aplique a los demás*”.

<sup>327</sup> Proyecto de Ley N° 8.058 (2014), Diputado Sr. Paulo Teixeira. El proyecto se originó en el CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais) liderado por los profesores paulistas Ada Pellegrini Grinover y Kazuo Watanabe. Las investigaciones preliminares fueron recogidas en la obra colectiva PELLEGRINI GRINOVER, A., y WATANABE, K. (Coordinadores) *O controle jurisdiccional de políticas públicas*, Ed. Forense, Río de Janeiro (2011).

ceso colectivo “*en litisconsorcio necesario con el Ministerio Público u otro co-legitimado para la acción colectiva*”. Sobre este punto entendemos que si bien puede ser razonable mantener al actor original en el proceso colectivo, también lo sería permitirle hacerse a un lado en el supuesto que no quiera asumir semejante carga, ya que no es lo mismo trabajar y afrontar las responsabilidades y cargas que supone un litigio individual que hacer lo propio con un proceso colectivo<sup>328</sup>.

En otro orden, el mismo artículo establece que el Ministerio Público y el resto de los legitimados colectivos podrán “*ampliar o modificar la demanda para adecuarla a la tutela colectiva en el plazo que fije el juez al efecto*”. Si ninguno de los legitimados colectivos actuase en este sentido, el juez enviará el expediente al Consejo Superior del Ministerio Público para que indique qué miembro de la institución se encargará de hacerlo. Como puede advertirse, en este proyecto –al igual que en el CMPA– resulta claro que estamos ante un supuesto de conversión de la causa individual en una causa colectiva.

La posición que se asuma con relación a este instrumento dependerá en gran medida de cuánto peso se asigne a las finalidades de los procesos colectivos a que nos hemos referido. Parece razonable que cuando el Poder Judicial, en cuanto departamento de Estado, detecta la existencia de un conflicto colectivo, tenga las herramientas necesarias para resolverlo del modo más eficiente e igualitario posible.

Será necesario, en cualquier caso, que de tomarse decisiones de este tipo se tenga especial cuidado en no afectar el derecho de defensa de la parte contraria, del actor que promovió el caso individual, y del grupo eventualmente comprendido en el caso colectivo resultante de la conversión.

## VI. LITIGACIÓN DE ACCIONES DE CLASE

### 6.1. Legitimación y representación adecuada

#### 6.1.1. Legitimación colectiva

La legitimación para promover la tutela judicial colectiva de derechos reviste fundamental importancia, a punto tal de haber sido considerada por autorizada doctrina como el verdadero *talón de Aquiles* de

<sup>328</sup> BERIZONCE, R. O., y VERBIC, F., *Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)*, L. L. 2013-D-778.

cualquier sistema de protección de este tipo<sup>329</sup>. Sucede que la extensión que se acuerda a la legitimación activa determina en muchas ocasiones la posibilidad de discutir el conflicto en sede judicial y, además, influye decisivamente en la configuración de la cosa juzgada de la sentencia.

La legitimación no solo encierra un significado técnico, sino que cumple una función político-institucional: garantizar la vigencia del principio de división de poderes (función para la cual se concibió también la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”<sup>330</sup>, aunque el alcance y aplicación de esta última se encuentran cada vez más limitados). Esta función de garantía del sistema de distribución de poderes ha sido defendida acérrimamente por ciertos sectores, destacando que a través de ella se protege el principio señalado en una doble vertiente:

- (i) Controla que solo legislen y administren los órganos creados por la Constitución para ello, dotados al efecto por el ordenamiento de las habilidades necesarias y titulares de la legitimidad política derivada del sufragio popular;
- (ii) Evita que los jueces “desgasten” su poder en la definición de temas que deben ser resueltos a través del debate político que se produce tanto en el Poder Legislativo como en el Ejecutivo, conjunta o alternativamente, con la utilización de las competencias técnicas y habilidades para los que estos fueron dotados, y de las que los jueces carecen<sup>331</sup>.

Aclaradas estas cuestiones, cabe señalar que Devis Echandia apunta que al tratar el tema de la legitimación *ad causam* nos encontramos “frente a una materia de gran interés teórico y práctico, porque se relaciona con la suerte de la demanda, con el contenido de la sen-

---

<sup>329</sup> MORELLO, A. M.; HITTERS, J. C., y BERIZONCE, R. O., *La defensa de los intereses difusos*, J. A. 1982-IV-700.

<sup>330</sup> Pérez Ragone alerta desde hace tiempo sobre la función política con que se utiliza el instituto en el derecho norteamericano: “El núcleo esencial de la legitimación procura que la parte procesal detente real titularidad de la incumbencia que postula, de modo tal que la vinculación entre presuntas incumbencias invocadas y sujetos invocantes es el meollo de descubrimiento de lo que denomina legitimación. La legitimación se ha tornado una barrera al acceso a las Cortes Federales al igual que en las primeras épocas lo era la cuestión política” (cf. PÉREZ RAGONE, A., *Prolegómenos de los amparos colectivos. Tutela de las incumbencias multisubjetivas. Parte general*, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2000-4, p. 114).

<sup>331</sup> BARRA, R. C., *Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, ED 146-829.

*tencia, y en algunos casos especiales consagrados por la ley procesal, con la admisión de la demanda y con la formación de la relación jurídica procesal*<sup>332</sup>.

Entre la doctrina se pueden identificar dos grandes grupos de opiniones. Por un lado, están los que explican la legitimación *ad causam* como la titularidad del derecho o relación jurídica sustancial objeto del proceso. Por el otro, quienes reclaman una separación entre las dos nociones y aceptan que puede existir la primera sin que exista la segunda. En este último grupo se ubica el autor citado, en posición que entendemos acertada y que resulta de suma utilidad (más bien, esencial) para comprender su campo de aplicación en materia de tutela colectiva de derechos.

Partiendo entonces de la premisa de no considerar a la legitimación *ad causam* como necesariamente identificada con la titularidad del derecho sustancial, cabe señalar algunas características que permiten delinear con mayor claridad los alcances del instituto. Entre ellas podemos observar que:

- (i) Las partes pueden encontrarse legitimadas para la causa tengan o no derecho sobre el fondo del asunto, porque el derecho a poner en actividad la jurisdicción y recibir una sentencia que resuelva el conflicto no pertenece solamente al titular del derecho sustancial. Si esto fuese de otra manera, resultaría imposible explicar cómo puede obtenerse una sentencia de fondo a instancias de quien pierde con su dictado;
- (ii) En función de ello, resulta apropiado entender a la legitimación *ad causam* como un presupuesto de la pretensión y, por ende, como una condición esencial para que pueda dictarse sentencia sobre el fondo, sin importar si la misma es favorable o adversa a los intereses de quien la peticiona;
- (iii) La legitimación tiene como caracteres ser personal, subjetiva, y concreta pero no resulta "exclusiva" sino concurrente. En muchos casos, además, es fungible ya que la "parte" del proceso es el grupo representado por el legitimado;
- (iv) En el campo colectivo la legitimación es excepcional, ya que implica la posibilidad de representar a personas que no otorgaron poder al efecto.

<sup>332</sup> DEVIS ECHANDIA, H., *Teoría general del proceso*, Ed. Universidad, Buenos Aires (1984), T. I, p. 287.

Sobre estas premisas podemos sostener que en los procesos colectivos, la legitimación *ad causam* consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial que corresponda, se encuentra habilitada para que se resuelva por sentencia de fondo si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda en beneficio de un grupo de personas allí determinado.

No resulta necesario ser titular o sujeto activo del derecho o la relación jurídica material (lo que supondría que esta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe. Así, la legitimación será perfecta desde el momento en que, en caso de existir, los sujetos del interés en la declaración y discusión sean el demandante y el demandado<sup>333</sup>.

¿Quiénes son estos legitimados colectivos? La respuesta al interrogante varía de jurisdicción en jurisdicción y depende exclusivamente de una decisión de política legislativa (la cual debe encontrar anclaje razonable en el marco constitucional y convencional del Estado de que se trate). El CMPC contiene una amplia previsión al respecto. Según se desprende de su exposición de motivos, se pretendió receptar allí los modelos por entonces existentes en distintos países de la región<sup>334</sup>. La enumeración está contenida en el art. 3 y contempla a personas físicas y jurídicas, Ministerio Público, Defensa Pública, Defensor del Pueblo, otras entidades y órganos de la administración pública centralizada y descentralizada destinados a la defensa de derechos colectivos; sindicatos, asociaciones intermedias y hasta partidos políticos (aunque con ciertas limitaciones)<sup>335</sup>. También se prevé

<sup>333</sup> DEVIS ECHANDIA, H., *Teoría general del proceso*, Ed. Universidad, Buenos Aires (1984), Tomo I. Morello y Vallefín se encuentran en la misma línea, sosteniendo que la legitimación activa “no es más que la posibilidad jurídica del pronunciamiento de fondo apreciada por el órgano con base en la invocación de un interés tutelado jurídicamente justificativo, en su caso, de la posición subjetiva de la parte en relación con el pedimento de conformidad con el ordenamiento jurídico...” (cf. MORELLO, A. M., y VALLEFÍN, C. A., *El amparo. Régimen procesal*, 5ª edición, Ed. Librería Editora Platense, 2004).

<sup>334</sup> En este sentido la exposición de motivos señala que “La legitimación es la más abierta posible, para atender a todos los modelos ya existentes de procesos colectivos en Iberoamérica. Queda claro que la legitimación es concurrente y autónoma, admitiendo el litisconsorcio de los co-legitimados”.

<sup>335</sup> “Art. 3. Legitimación activa.- Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva: I.- Toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho; II.- Cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos; III - El Ministerio



allí expresamente que tal legitimación es concurrente y que puede generarse un litisconsorcio entre los diversos legitimados.

Para culminar con este breve análisis del instituto, cabe insistir en que la ausencia de legitimación constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda dictar sentencia de fondo. En virtud de ello, si al momento de decidir la litis o en cualquier instancia del proceso el juez encuentra que esta condición se encuentra ausente o bien desaparece, así debe declararlo incluso de oficio, por más que la contraparte no lo hubiera peticionado.

Junto con las premisas generales de teoría del proceso en materia de legitimación, entendemos que resulta central abordar el requisito de idoneidad del legitimado colectivo para actuar en un caso concreto. En este sentido, consideramos que existe una indisoluble relación entre legitimación colectiva y representatividad adecuada.

Sucede que por razones elementales, razones convencionales y constitucionales, debemos distinguir la legitimación que con carácter general y abstracto puedan reconocer los distintos ordenamientos jurídicos (como veremos más adelante en este apartado), de la legitimación que, en cada caso concreto en discusión, puedan tener (o no) cualquiera de dichos actores sociales para actuar en defensa del grupo de personas que busca representar. A esto último se refiere el requisito de la representatividad adecuada que abordaremos a continuación.

### **6.1.2. Representación adecuada. Características para asumir tal calidad. Control judicial. Posibles efectos ante inadecuada representación**

Esta legitimación en el caso concreto se encuentra ligada a la demostración de ciertas cualidades en cabeza de quien pretenda asumir la representación del grupo y a la ausencia de conflictos de interés que

---

*Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública; IV.- Las personas jurídicas de derecho público interno; V.- Las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun aquellos sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código; VI - Las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría; VII.- Las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este Código, sin que sea necesaria la autorización de la asamblea; VIII - Los partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales”.*

puedan perjudicar tal representación. La diferenciación que proponemos entre “legitimación en abstracto” y “legitimación en concreto” es de suma trascendencia.

Sucede que las características del caso particular pueden hacer de un sujeto habilitado por una norma constitucional, legal o reglamentaria para promover procesos colectivos, alguien no adecuado para la defensa del grupo que pretende representar. Las razones por las cuales ello puede suceder son de diversa índole. Una de ellas, por ejemplo, es la que involucra un “conflicto de agenda” que impide a determinado sujeto dar una discusión robusta sobre el asunto<sup>336</sup>.

Las razones convencionales y constitucionales que sostienen la ligazón entre la legitimación colectiva y la cualidad del representante en un caso determinado, se asientan en consideraciones de debido proceso legal y de autonomía individual. Es que la tutela colectiva de derechos supone, como ya fuera explicado al inicio de este trabajo, un riesgo para la garantía de debido proceso legal de los miembros de la clase o grupo ausentes en el proceso y, por otro lado, una limitación a su autonomía individual ya que tales personas no podrán tomar la decisión de reclamar o no ante la justicia, cuándo hacerlo, o con qué argumentos. Todo esto ocurre como consecuencia del tipo de proceso colectivo representativo sobre el cual estamos trabajando.

En este contexto, y teniendo presente las consecuencias que se desprenden de la sentencia colectiva a dictarse como resultado de la actuación de un representante tan atípico (que no fue elegido por los miembros del grupo sino que, como también hemos visto, se autoselecciona como tal), podemos llegar sin mayores esfuerzos a la necesidad de exigir que, para reconocer su legitimación, este se encuentre en condiciones de dar una robusta discusión sobre el asunto y que no se encuentre inmerso en ningún conflicto de interés.

Entendemos que la legitimidad convencional y constitucional de todo sistema colectivo depende de ello. Su verdadera eficacia también, ya que si no se garantiza una adecuada defensa de los derechos del grupo afectado por medio del control de las cualidades del representante colectivo, la sentencia no podrá ser opuesta a sus miembros sin una afectación severa de sus derechos y garantías fundamentales.

---

<sup>336</sup> VERBIC, F., *Procesos Colectivos para la Tutela del Medio Ambiente y de los Consumidores y Usuarios en la República Argentina*, Civil Procedure Review, Vol. 4 (Año 2013) (Special Edition).

La noción de representatividad adecuada proviene del sistema federal de acciones de clase estadounidense<sup>337</sup>. Allí la FRCP 23 establece en su apartado (a)(4) que la acción de clase solo será certificada en la medida que los representantes protejan justa y adecuadamente los intereses de la clase (*fairly and adequately protect the interests of the class*).

Este prerequisite configura el pilar fundamental sobre el cual se asienta el sistema, alcanzando un carácter verdaderamente esencial para que la decisión no vulnere la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo ausentes en el debate<sup>338</sup>. Asimismo, es importante desde el punto de vista práctico ya que, ausente tal calidad en el representante y sus abogados, la decisión no podrá desactivar el conflicto en su totalidad<sup>339</sup>.

El precedente que marcó un antes y un después en la materia es el conocido fallo recaído en *Hansberry vs. Lee*<sup>340</sup>. En dicha oportunidad, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América recordó el principio general de que nadie puede ser obligado personalmente por una decisión dictada en el marco de un proceso en el cual no participó, y que la eventual ejecución de una sentencia del género contra el sujeto ausente en el pleito vulneraría la garantía de debido proceso requerida por la quinta y la decimocuarta enmienda de la Constitución norteamericana.

Sentado ello, la Corte recordó la reconocida excepción a tal principio –configurada por las decisiones tomadas en procesos representativos o de clase– y apuntó que dichas sentencias solo pueden afectar a los miembros ausentes con cualidad de cosa juzgada en la medida que:

<sup>337</sup> Sigo aquí los antecedentes desarrollados en VERBIC, F., *La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas*, Revista de Derecho Comercial Abeledo-Perrot N° 233 (Nov/Dic. 2008).

<sup>338</sup> KLONOFF, R. H., y BILICH, E. K.M., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials*, West Group (2000), p. 109; WRIGHT, C. A., *Class Actions*, 47 F.R.D. 169 (1970); GIDI, A., *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en la obra *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, GIDI y MC. GREGOR (coordinadores), Ed. Porrúa, México (2003), p. 6; FLEMING, J.; HAZARD, G. C., y LEUBSDORF, J., *Civil Procedure*, Fifth edition, Foundation Press, New York (2001), ap. 10.23.

<sup>339</sup> Cf. FRIEDHENTAL, J. H.; KANE, M. K., y MILLER, A. R., *Civil Procedure*, Ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn (1985), pp. 730-731.

<sup>340</sup> 311 U.S. 32 (1940). El trasfondo de la causa, que involucraba aspectos de discriminación racial y tenía contacto directo con delicados asuntos de orden político, puede consultarse en SUBRIN, S. N.; MINOW, M. L.; BRODIN, M. S., y MAIN, T. O., *Civil Procedure. Doctrine, practice, and Context*, Aspen Law & Bussines, New York (2000), pp. 906 y ss.

- (i) El procedimiento para obtenerlas esté diseñado y aplicado de modo tal de asegurar que los miembros presentes son de la misma clase que los ausentes; y
- (ii) El litigio sea conducido de forma tal que asegure la completa y justa consideración de las cuestiones comunes.

Para comprender acabadamente los alcances del instituto, debe tenerse en cuenta que en el marco de un litigio tradicional la “seriedad” del actor se encuentra generalmente asegurada por el hecho de acordarse legitimación solo a la persona afectada en su propia esfera individual<sup>341</sup>. Nadie mejor que uno mismo para cuidar sus derechos, o bien –al menos en principio– nadie más interesado en hacerlo.

Por el contrario, en el marco de un proceso colectivo representativo –donde el miembro de la clase no participa activamente en el trámite y en ciertas ocasiones se encuentra involucrado sin conocer tal situación (y hasta contra su voluntad expresa en algunos supuestos)– compartimos la postura de que el sistema necesariamente debe prever mecanismos de control para asegurar que quien pretende discutir sobre el conflicto haga obtener a los miembros ausentes una defensa y solución adecuada que sea lo más cercana posible a la que obtendrían si estuvieran defendiendo personalmente sus intereses<sup>342</sup>. De esta premisa surge la previsión expresa de la FRCP 23(a)(4) y el carácter esencial que reviste para el sistema.

A efectos de analizar la calidad de la representación invocada por quien pretende actuar en beneficio de toda la clase, los tribunales deben evaluar distintos factores cuya determinación puede estar fijada expresamente en la ley o bien dejada en manos de los jueces. A su turno, el establecimiento de estos parámetros en el texto de la ley puede ser rígido o abierto (a modo de estándares). En cualquier caso, un nivel de discreción judicial y flexibilidad, por más mínimas que estas sean, resulta inevitable y hasta conveniente. Es que, como señalaba con acierto Cappelletti, adoptar una solución legal expresa,

---

<sup>341</sup> CAPPELLETTI, M., *Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution*, Access to Justice, vol. III (Emerging Issues and Perspectives), Dott. A. Giuffrè Editore, Milan (1979), p. 561.

<sup>342</sup> GIDI, A., *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en la obra *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, GIDI y MC. GREGOR (coordinadores), Ed. Porrúa, México (2003), p. 6.

rígida y uniforme sería como utilizar el hacha del leñador para llevar adelante una delicada cirugía<sup>343</sup>.

En el sistema de la FRCP 23 –que sirve de fuente y orientación en todo lo vinculado con esta cuestión– la determinación de los factores a considerar para evaluar la calidad del representante ha sido fruto de la labor jurisprudencial. Un ejemplo de estándares flexibles y abiertos fijados expresamente en normas positivas puede encontrarse en el CMPC, el cual establece en su art. 2 Par. 2º que, al evaluar la representatividad adecuada el juez debe tener en cuenta datos tales como la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase, y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y, finalmente, el nivel de representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase que pretende proteger. Cabe destacar que la fuente de esta norma es indudablemente la señalada experiencia jurisprudencial en torno a la FRCP 23.

En la redacción original de este precepto del Código Modelo se incluía entre los estándares a considerar la capacidad financiera del actor, aunque luego fue eliminado haciendo eco de las objeciones presentadas con fundamento en que la imposición de patrones económicos para la admisión de la actuación de legitimados extraordinarios podría resultar contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos que garantizan el derecho de libre acceso a la justicia<sup>344</sup>.

<sup>343</sup> CAPPELLETTI, M., *Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution*, Access to Justice, vol. III (Emerging Issues and Perspectives), Dott. A. Giufrè Editore, Milan (1979), p. 561. El autor señalaba en aquel momento que el análisis comparativo del fenómeno tendía a demostrar que resulta absurdo esperar que la legislación provea respuestas completas y uniformes a la problemática.

<sup>344</sup> La objeción fue lanzada en el trabajo de CALVO MARCILESE, E. J., y ROSBACO, F. G., *La representatividad adecuada en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, ponencia presentada en las X Jornadas Bonaerense de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral, Constitucional, y Administrativo; Junín (noviembre de 2003). Sobre el particular, Giannini considera que esta objeción resulta "... de discutible acierto..." en la medida que aparece como razonable exigir que el legitimado extraordinario "... asegure que su estado patrimonial no será un obstáculo para la defensa de intereses ajenos". (GIANNINI, L. J., *Legitimación en las acciones de clase*, L. L. 23/08/2006). En la misma línea, DE LOS SANTOS, M., *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, ponencia

En la jurisprudencia estadounidense, la capacidad financiera del representante resulta efectivamente considerada por los tribunales a fin de determinar la posibilidad de que aquel pueda llevar adelante una defensa vigorosa del caso y no se encuentre forzado a celebrar acuerdos desfavorables por no poder mantener la discusión durante el tiempo que sea necesario. La reforma del año 2003 a la FRCP 23 incluyó este factor expresamente, pero solo con respecto a los abogados de la clase (con relación a quienes también se controla el requisito en análisis)<sup>345</sup>.

Como señalamos al trabajar sobre los poderes del juez en el campo del proceso colectivo, es su deber controlar al inicio del proceso y supervisar a lo largo del mismo que este requisito se encuentre cumplido y se mantenga vigente. Nuevamente, el CMPC recepta este deber fundamental al establecer que el juez analizará “*la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento*” (art. 2, Par. 3º).

Si al ejercer el mentado control el juez advierte que se ha perdido la calidad del representante y/o sus abogados, ello no conlleva necesariamente el rechazo de la demanda, ya que existen algunos instrumentos que permiten continuar con la discusión en clave colectiva.

El primero es la creación de subclases dentro de la clase identificada originalmente. Cada una de estas subclases se genera con las personas que comparten intereses similares, y a cada una de ellas debería de asignarse representantes y abogados adecuados. Aun cuando este recur-

---

presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Mendoza, (septiembre de 2005)).

<sup>345</sup> A pesar de que la *Rule 23(a)(4)* se refiere solo a la representatividad adecuada que deben ejercer “las partes”, los tribunales estadounidenses han extendido el análisis de este prerrequisito con relación a los abogados que representan a quienes invocan tal carácter. Esto sucedió como derivación de reconocer que en la práctica cotidiana la parte que representa a la clase es, en la gran mayoría de los casos, un mero instrumento de los abogados. Tan es así que algunos autores han llegado incluso a reclamar que se suprima la necesidad de que concurra la parte y directamente se acuerde a los abogados legitimación suficiente para plantear este tipo de casos; o bien que se prohíba a los demandados indagar sobre la inteligencia, antecedentes personales y entendimiento del conflicto que pueda tener la parte que actúa como representante. Desde la reforma del año 2003, la FRCP 23(g) impone al tribunal el deber de designar a los abogados de la clase en todas las causas que certifique como colectivas. A tal fin aquel *debe* considerar: (i) el trabajo realizado para identificar potenciales reclamos; (ii) la experiencia en el patrocinio de *classactions* y otros tipos de litigios complejos; (iii) el conocimiento de la ley que rige el caso; y (iv) recursos disponibles para llevar adelante el litigio. En igual sentido, la norma establece que el juez *puede* tener en cuenta otros aspectos que demuestren la habilidad de los abogados para representar justa y adecuadamente los intereses de la clase.

so no es muy utilizado en la práctica, puede resultar ventajoso cuando se identifica un conflicto de intereses entre los miembros de la clase.

Otro mecanismo disponible se traduce en la posibilidad de complementar la representación y/o la asistencia letrada con otras personas. El Código Modelo recoge esta opción al establecer que *“en caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada (...) el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción”* (art. 3, Par. 4º, lo cual –por la remisión que se efectúa en el art. 2, Par. 3º– aplica también cuando el requisito deja de estar configurado durante el trámite).

Si bien en teoría este último proceder puede ser apto para solucionar las dos problemáticas que presenta el tema en estudio (esto es, la indiferencia y la incompetencia del representante y sus abogados frente al grupo), creemos que hay que tener cuidado con su aplicación en un sistema rígido de preclusiones como el vigente en los ordenamientos procesales de nuestra región. Sucede que, en estos contextos procesales, la citación de otros representantes y/o abogados puede llegar demasiado tarde ya que no habrá oportunidad de corregir las omisiones o negligencias operadas hasta esa oportunidad<sup>346</sup>.

## 6.2. La demanda colectiva

El escrito de demanda con el cual se promueve un proceso colectivo debe reflejar, como línea de principio, todas aquellas cuestiones específicas que el ordenamiento pertinente exija para tener por cumplidos los recaudos de admisibilidad y procedencia de este tipo de tutela excepcional.

A través de este fundamental acto procesal, el legitimado debe traducir el conflicto colectivo que pretende desactivar para convertirlo en un caso judicial específico. Esto no es tarea sencilla, dado que por lo general los conflictos colectivos –como ya hemos destacado– son policéntricos y complejos y, en cuanto tales, permiten en muchas ocasiones construir casos judiciales de diversa índole y/o reclamar del Poder Judicial remedios diferentes para enfrentar el problema.

<sup>346</sup> OTEIZA, E., y VERBIC, F., *La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi”?*, SJA 10/03/2010.

En general los sistemas procesales de nuestra región se encuentran gobernados en este campo por el principio de la sustanciación de la demanda, el cual exige una descripción bastante detallada de los hechos que sirven de causa a la pretensión esgrimida. Este principio se diferencia del de individualización, propio de los sistemas de discusión fundados en la regla de oralidad, donde basta con la somera identificación de los hechos centrales y de algunas otras cuestiones para luego ampliar al respecto en el marco de las audiencias.

Debemos tener presente que la exposición precisa de los hechos y de la causa de pedir efectuada por el actor en un caso colectivo opera estableciendo el objeto de la litis y se presenta como un proyecto anticipado de la sentencia colectiva que se busca obtener.

Además, resulta determinante para establecer la influencia que tendrá ese proceso y la eventual decisión que allí se tome sobre otras causas judiciales donde se pretenda discutir total o parcialmente respecto del mismo conflicto (consecuencias que se harán valer principalmente a través de institutos tales como la competencia por prevención, y conexidad; acumulación de procesos, litispendencia, cosa juzgada y otras).

En este sentido, y de acuerdo con los desarrollos que hemos efectuado hasta aquí y otros que siguen en lo sucesivo, podemos afirmar que el escrito de demanda debe contemplar –cuanto menos y entre otras cuestiones– las razones que justifican y demuestran la legitimación colectiva invocada y la idoneidad de tal representante, una precisa identificación cualitativa de la clase que se busca defender y del número (aunque sea aproximado) de sujetos comprendidos en ella, una descripción acabada del hecho o acto generador del conflicto (especialmente de los efectos comunes que ese hecho o acto provoca sobre el grupo representado), y las pretensiones que sean perseguidas para resolver el asunto.

En definitiva, podemos afirmar que en el contexto de sistemas procesales escriturarios y con preclusiones rígidas como los que gobiernan la región latinoamericana, el escrito de demanda es una pieza fundamental donde el legitimado colectivo deberá traducir el conflicto en un caso, argumentar y ofrecer la prueba que sea necesaria para acreditar, al menos *prima facie*, la configuración de todos los requisitos de admisibilidad de este tipo de tutela excepcional.



### 6.3. Audiencia preliminar y certificación de la acción

El carácter excepcional de la tutela colectiva exige determinar en una instancia temprana del proceso si es posible discutir sobre el conflicto en clave colectiva, o bien si las pretensiones planteadas por quien promueve la acción deben acudir al Poder Judicial por las vías tradicionales de discusión.

Sucede que la habilitación del proceso colectivo y, por tanto, la aplicación de aquellas normas procesales establecidas como reaseguro de garantías de los miembros ausentes, solo deberían aplicarse en el supuesto de encontrarse reunidos los requisitos de admisibilidad y procedencia que cada jurisdicción establezca para este tipo de procesos.

Esta decisión se conoce en el derecho comparado como “certificación” de la acción colectiva, porque toma su fuente del sistema estadounidense donde, hasta el dictado de esa orden, no puede técnicamente hablarse de una acción de clase más que putativa. En función del ordenamiento procesal vigente en el sistema estadounidense, al cual tomaremos como ejemplo para ilustrar la cuestión, una acción solo puede ser canalizada en forma colectiva si todos los extremos previstos en la FRCP 23(a) se encuentran reunidos en el caso. El juez debe dictar una decisión para establecer dicha circunstancia en la etapa más temprana posible del proceso.

Tales extremos son los siguientes:

- (i) El grupo debe ser tan numeroso que el litisconsorcio de todos sus miembros resulte impracticable. Cabe aclarar que impracticable no significa imposible. Para determinar la configuración de tal extremo, denominado *numerosity*, la norma se basa en un criterio pragmático, de manera que no existe un número predeterminado de miembros de la clase en base al cual pueda considerarse apriorísticamente su cumplimiento. Ello así en la medida que no depende de una variable meramente numérica, sino que involucra el análisis de una serie de factores a ser evaluados en el contexto de cada caso;
- (ii) Deben existir cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo (*commonality*). Estas cuestiones comunes sitúan a los sujetos individuales en condición semejante frente al demandado y constituyen el fundamento de la propia existencia de una controversia de naturaleza colectiva. Resulta evidente

que si este recaudo no se configurara en el caso, sería imposible obtener una tutela uniforme y, por ende, el mecanismo colectivo carecería de sentido;

- (iii) Las pretensiones o defensas del representante del grupo deben ser típicas en relación con aquellas que correspondan a los miembros del grupo (*typicality*). Este recaudo ha sido criticado con el argumento de que configura en cierto punto una duplicación innecesaria del mencionado en el punto anterior, o bien de la *adequacy of representation*. No obstante ello, según la norma, además de la existencia de una cuestión común entre los integrantes de la clase, es necesario que el representante comparta los mismos intereses.

Por lo tanto, la pretensión del representante debe originarse en el mismo evento, práctica o conducta que serviría de causa a la pretensión de los demás sujetos, y debe estar basada en el mismo fundamento jurídico. De este modo, puede advertirse que en el sistema que analizamos el representante del grupo propone la acción colectiva en su propio nombre y en nombre de todas las personas que se encuentren en situación similar, por lo cual coexisten en el proceso dos tipos de pretensiones independientes y perfectamente separables: por un lado, el pedido individual del representante; por otro, el pedido colectivo del grupo. Esta particularidad exige extremar recaudos para evitar que los intereses de ambos se vean contrapuestos y deriven en una defensa inadecuada del grupo;

- (iv) Los intereses del grupo deben encontrarse justa y adecuadamente representados en juicio. Dado que, según veremos más adelante, la sentencia a dictarse hará cosa juzgada para todos los miembros del grupo, independientemente del resultado favorable o desfavorable de la acción.

La adecuada representación de los derechos de los miembros ausentes en el proceso es el pilar fundamental del sistema estadounidense. Ello así en tanto de su cumplimiento depende la efectiva vigencia de la garantía de debido proceso legal. Solo recordaremos aquí que este requisito exige a quien actúe como representante de la clase encontrarse en condiciones de afrontar una vigorosa defensa del grupo y carecer de conflictos de interés que impidan llevar adelante la misma.

El modo de establecer si corresponde o no procesar colectivamente la controversia, así como también los recaudos a evaluar por el juez

para tomar una decisión al respecto, dependerán en definitiva del ordenamiento legal de cada jurisdicción. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que los estándares convencionales y constitucionales mínimos en materia de debido proceso concurren a sostener la necesidad de sustanciar estas cuestiones para permitir a la demandada argumentar y ofrecer prueba al respecto con carácter previo a someterla a la discusión colectiva del conflicto. Asimismo, cabe subrayar la importancia de resolver estas cuestiones en una etapa inicial del proceso, tal como exige el sistema estadounidense.

La CSJN argentina ha reconocido recientemente la importancia de identificar con claridad y en una etapa temprana del proceso cuáles son las reglas procesales a las cuales deberán atenerse las partes. Enfrentada con un expediente donde el magistrado de primera instancia, a pesar de calificar al proceso como colectivo, generó un litisconsorcio de 2.641 afectados e impuso a la demandada la carga de contestar la demanda individualmente frente a cada uno de ellos, dicho tribunal abrió su jurisdicción extraordinaria y revocó la decisión sosteniendo, entre otras cosas, que se había violado el derecho de defensa en juicio de la demandada con motivo de haberse producido un *“cambio sorpresivo de reglas”*. Además, afirmó que en el contexto de este tipo de tutela *“las partes deben conocer de antemano las reglas de juego del proceso a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales”*<sup>347</sup>.

En ese sentido, y siempre tomando como premisa la complejidad intrínseca de este tipo de conflictos y de su procesamiento y resolución en sede judicial, consideramos que resultaría conveniente realizar una audiencia preliminar donde las partes puedan debatir sobre sus posiciones al respecto. En esa oportunidad el juez también podría tomar las decisiones que estime necesarias para establecer si el caso es o no un caso colectivo de acuerdo con las postulaciones de las partes y los elementos reunidos en el proceso.

Sobre esta última cuestión, el Código Modelo establece en su art. 11 que –una vez cerrada la fase postulatoria– el juez convocará una audiencia preliminar a la cual deben comparecer las partes o sus procuradores debidamente habilitados para transigir. En dicha au-

<sup>347</sup> CSJN en autos *“Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses S.A. en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo”*, sentencia del 2/12/14, causa CSJ 42/2013 (49-K).

diencia, entre otras cosas, *“El juez oirá a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje, y la evaluación neutral de tercero”* (Par. 1º). Además, podrá fijar los puntos controvertidos, decidir las cuestiones procesales pendientes, y determinar las pruebas a ser producidas (Par. 5º, Apartado III); así como la distribución de la carga de la prueba (Par. 5º, Apartado IV).

#### **6.4. Acuerdos transaccionales colectivos**

El principal problema que se presenta en este campo a la hora de trabajar con medios alternativos de solución de controversias se encuentra, nuevamente, en el hecho característico de estos mecanismos de tutela colectiva según el cual los representantes colectivos estarán disponiendo del derecho de personas que no le acordaron mandato al efecto.

La interrogante principal que se plantea es si puede el legitimado colectivo transigir con el demandado sobre el objeto de la pretensión y obligar con ese acuerdo a los miembros ausentes, o bien disponer del derecho o del proceso mediante un desistimiento.

Dicha interrogante merecería una respuesta afirmativa por razones de principio, en la medida que los derechos en disputa resulten de naturaleza disponible. No obstante, tal principio general requiere adaptaciones inherentes a las características del conflicto involucrado en el caso colectivo y a las particularidades que configuran el fenómeno de la representación extraordinaria.

En este orden cabe destacar que las prestaciones involucradas en una transacción pueden afectar de manera diferente a los interesados, lo cual obliga al tribunal a seguir de cerca las negociaciones, ya que (además de las complejidades intrínsecas que presentan los acuerdos) siempre está latente el potencial conflicto entre los miembros de la clase y entre estos y el abogado que ha prestado sus servicios profesionales al representante en base a un pacto de cuota litis. Como hemos visto, este ámbito específico dentro del proceso colectivo es uno de los que demanda de los jueces la mayor atención, cuidado y gestión posible.

Es por ello que, como regla, los acuerdos transaccionales colectivos se encuentran sometidos a procedimientos especiales y requieren de aprobación judicial. Estos procedimientos generalmente están orientados a dotar de publicidad a la propuesta de acuerdo y a permitir la

intervención de otros interesados y ciertos organismos públicos con el objetivo de garantizar control y transparencia<sup>348</sup>.

El Código Modelo carece de previsiones sobre esta temática. Debido a ello tomaremos el sistema de la FRCP 23 a modo de ejemplo para ilustrar el tipo de control y de procedimiento aplicable para garantizar el debido proceso y la autonomía individual de los miembros del grupo ausentes en el debate, así como también para volver a la carga con la necesidad de que el juez o tribunal de la causa asuma con vehemencia su rol de director del proceso y custodio de tales garantías. En el marco del apartado (e) de la FRCP 23 encontramos interesantes y probadas previsiones establecidas para gestionar, administrar y controlar distintas cuestiones relacionadas con este modo anormal de terminación del proceso. En primer lugar, la FRCP 23(e)(1) establece que la Corte que entiende en el caso debe notificar por medios razonables a todos los miembros del grupo que serán afectados por el acuerdo propuesto.

La notificación individual a los miembros de la clase puede ser apropiada cuando, por ejemplo, el acuerdo exige de aquellos la realización de cierta actividad para obtener sus beneficios (como puede ser la presentación de reclamos), o bien cuando se dispone la posibilidad de excluirse del acuerdo de conformidad con la FRCP 23(e)(4).

Igualmente, la norma estadounidense dispone que debe celebrarse una audiencia (denominada *fairness hearing*) para discutir los alcances del acuerdo, y que la Corte solo puede proceder a su aprobación si entiende que el mismo resulta “*justo, razonable y adecuado*” (FRCP 23(e)(2)).

La importancia de la revisión y aprobación judicial del acuerdo a la cual ya nos hemos referido fue puesta de resalto por el Comité Consultivo encargado de efectuar diversas reformas a la FRCP 23 en el año 2003. Allí se sostuvo que “*El acuerdo puede ser un medio deseable para resolver una acción de clase. Pero la revisión y aprobación por parte de la Corte son esenciales para asegurar una adecuada representación de los miembros de la clase que no han participado en la diagramación del mismo*”.

<sup>348</sup> Para un panorama del tema en nuestra región, ver PEREIRA CAMPOS, S., *Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos / class actions en América*, en OTEIZA, E. (Coordinador) *Procesos Colectivos. Class Actions*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2012), pp. 203-246.

A efectos de determinar si estos estándares (justicia, razonabilidad y adecuación) se encuentran cumplidos en el caso, la Corte debe considerar diversos factores. La experiencia jurisprudencial indica que tales factores comprenden, entre otros, los siguientes:

- (i) El número de impugnaciones presentadas por los integrantes de la clase, las cuales pueden ofrecer un indicador acerca de la conveniencia de la transacción;
- (ii) Las chances que tiene la clase de triunfar en el pleito;
- (iii) La complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho involucradas en el asunto;
- (iv) Los riesgos de establecer la responsabilidad;
- (v) El interés público servido por el acuerdo;
- (vi) La razonabilidad de los honorarios propuestos para los abogados.
- (vii) La etapa en que se encuentra el proceso;
- (viii) El vigor con que el caso fue impulsado;
- (ix) La existencia de coerción o colusión que puedan haber influido en las negociaciones;
- (x) El número de miembros de la clase que optó por excluirse;
- (xi) El monto del acuerdo comparado con aquel pretendido en la demanda;
- (xii) El costo que irrogaría proseguir con el proceso;
- (xiii) El plan de distribución presentado con el acuerdo y las posibilidades de su cumplimiento por parte del demandado;
- (xiv) La regularidad de las notificaciones practicadas a los miembros ausentes para ponerlos sobre aviso de la existencia del acuerdo y de su derecho a excluirse en el supuesto que no lo consideren adecuado<sup>349</sup>.

El sistema estadounidense contempla, también, una interesante exigencia según la cual las partes que buscan la aprobación de una transacción colectiva deben efectuar una presentación por escrito identificando cualquier acuerdo al que hubieran arribado en conexión con ella (FRCP 23(e)(3)).

Si bien la Regla no lo menciona expresamente, esta previsión cobra particular relevancia en torno a los convenios de honorarios que pudieran celebrar los abogados de la clase con el demandado. Ocurre que este contexto puede provocar conflictos de interés entre los abo-

---

<sup>349</sup> ISSACHAROFF, S. (Reportero General) *Principios del Derecho de los Procesos Colectivos*, American Law Institute, Ed. UNAM, México (2014), pp. XXI-XXII (disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3734/15.pdf>, última visita el 2/1/17).

gados y la clase. Igualmente, debe señalarse que el marco de negociación y celebración de un acuerdo transaccional colectivo resulta especialmente permeable a connivencias atento la falta de control directo de los miembros del grupo ausentes sobre el representante colectivo y sus abogados.

Para evitar tales complicidades y evidenciar cualquier conflicto grave de interés que pudiera presentarse, el sistema fuerza a las partes a poner todas sus cartas arriba de la mesa. De ese modo, la Corte que entiende en el caso puede controlar –entre otras cosas, aunque esta cuestión resulta fundamental– que los abogados de la clase no hayan utilizado los intereses del grupo ausente como variable de negociación de sus honorarios.

En otro orden, solo para el supuesto de tratarse de una clase del tipo (b)(3) –esto es, traducido a la terminología utilizada en nuestra región, una clase conformada por titulares de derechos individuales homogéneos–, la FRCP 23(e)(4) dispone que la Corte puede negarse a aprobar el acuerdo si este no contempla una nueva oportunidad de exclusión para todos aquellos miembros del grupo que no hubieran ejercido tal derecho anteriormente (un derecho que, vale destacar, es inherente a las acciones de clase del tipo (b)(3)).

Por último, la FRCP 23(e)(5) contempla la posibilidad de que cualquier miembro de la clase impugne la propuesta transaccional. Estas impugnaciones, una vez presentadas, solo podrán ser desistidas con aprobación de la Corte que entiende en el caso.

Las razones para exigir esta aprobación al desistimiento guardan relación, nuevamente, con las oportunidades de abusos y connivencia que se generan en este contexto. En concreto: tal exigencia busca evitar que quien impugna lo haga al solo efecto de negociar algún beneficio extra con relación a los que obtuvo la clase y ofrezca, como moneda de cambio, el desistimiento de la impugnación. Con la limitación establecida en la norma, tal maniobra se torna mucho más difícil de llevar adelante.

### **6.5. Prueba. Cargas y presunciones. Producción de oficio. Rol de los expertos**

Salvo el establecimiento de normas específicas, la tramitación y resolución de conflictos por medio de procesos colectivos supone como regla la aplicación de los principios probatorios, cargas y

presunciones que resulten de aplicación general en la jurisdicción correspondiente.

A ello se suma también la influencia que sobre esta materia siempre tiene el derecho sustantivo aplicable al caso. En este sentido existen numerosas leyes en materia de medio ambiente, defensa del consumidor y otros campos de tutela preferente donde suelen incorporarse cargas y presunciones específicas que proyectan su autoridad sobre el proceso.

El Código Modelo ha optado por un régimen amplio en la materia, coherente también con el rol de director del proceso que, según hemos visto, acuerda al juez en este campo. Como principio general se establece la admisibilidad de *“todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos”* (art. 12). La referencia a la prueba estadística no es casual, ya que se trata de un medio de particular relevancia en el ámbito de la tutela colectiva de derechos para establecer el nexo de causalidad general entre una determinada acción u omisión y los daños o riesgos padecidos por los miembros del grupo.

Además de este principio general, el CMPC se ocupa de regular la carga de la prueba, ubicándola en cabeza de *“la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración”*. Cuando, sin embargo, por razones de orden económico o técnico, esa carga no pudiese cumplirse, *“el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos”* (art. 12, Par. 1º). Además, se prevé la posibilidad de *“rever, en decisión fundada”* la distribución de la carga de la prueba cuando durante la fase de instrucción *“surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa”* (art. 12, Par. 2º), y se acuerda al juez el poder para ordenar de oficio la producción de pruebas *“con el debido respeto de las garantías del contradictorio”* (art. 12, Par. 3º).

El interés público involucrado, la trascendencia y eventual impacto de la tutela colectiva, así como el necesario rol de dirección del proceso que debe asumir el juez en este contexto procesal, son los principales fundamentos que sostienen la conveniencia de acordar



amplios poderes probatorios al tribunal y cierta flexibilidad en la distribución de las cargas propias de este campo.

A esto se agrega, en muchas ocasiones, el carácter vulnerable del grupo afectado y la situación de asimetría en el manejo y acceso a información que generalmente se presenta cuando el conflicto colectivo deriva en un enfrentamiento con el Estado o con grandes corporaciones.

En ese sentido, es dable recordar que el acceso a la prueba, la posibilidad de producirla sin sujeción a barreras económicas y de conocimiento, y la oportunidad de contestar aquella producida por la contraparte, son derechos integrantes de la garantía de debido proceso legal que cuentan con plena vigencia en el campo colectivo<sup>350</sup>.

¿Cuál es el objeto de prueba en el campo de los procesos colectivos? Es importante tener en cuenta que, debido al carácter excepcional de este tipo de procesos, la prueba no solo debe versar sobre el mérito de la disputa sino también: (i) sobre los requisitos de admisibilidad y procedencia de la tutela colectiva, a la cual Salgado denomina “*prueba preliminar*”; y (ii) sobre las cuestiones individuales y diferenciadas que pudiesen presentarse en la etapa de liquidación de la sentencia de mérito<sup>351</sup>.

Otra cuestión de relevancia a considerar es el rol de los expertos en este campo. Los conflictos colectivos ponen al juez ante el deber de tramitar y resolver conflictos que exceden muchas veces la cuestión puramente jurídica. Debido al impacto de la tutela colectiva hemos ya visto cómo se juegan en este campo delicadas cuestiones sociales, políticas y económicas. Es por ello que tomar decisiones adecuadas, razonables, y eficientes en este contexto demanda usualmente contar

<sup>350</sup> Ver HOYOS, A., *El debido proceso*, Ed. Temis, Bogotá (1996), p. 54 (sosteniendo que “la garantía constitucional del debido proceso es ‘una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso –legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas– oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”).

<sup>351</sup> SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2011), pp. 271-273.

con la colaboración de expertos en distintas disciplinas que puedan ilustrar al juez o tribunal sobre tales aspectos extrajurídicos.

Algunos de estos elementos ingresarán al debate a través de la figura del *Amicus Curiae*, la cual abordaremos en el apartado 6.8. Sin embargo, muchos otros serán aportados como prueba por las partes. Por ejemplo, a través de prueba científica mediante el uso de expertos.

El empleo de expertos como medio para incorporar el conocimiento científico al proceso ha ido creciendo a la par del aumento de la confianza de los miembros de la sociedad respecto al mismo y de su creciente aplicación en prácticamente todas las esferas de la vida cotidiana<sup>352</sup>. Ello no debe sorprender ya que resulta lógico que una sociedad cada vez más racional avance en busca de un sistema legal de toma de decisiones de iguales características<sup>353</sup>. En la búsqueda de esta racionalidad, la prueba científica tiene la particular ventaja de reducir en proporciones cada vez mayores el margen de error en el juicio de hecho (siempre que sea utilizada correctamente, claro está).

De este modo, sin perjuicio del rol específico que tales expertos pueden jugar en el marco del proceso colectivo de conformidad con las normas nacionales que regulen su actuación (perito oficial, de parte, consultor técnico, testigo, etc.), su función principal puede resumirse en una palabra: colaboración<sup>354</sup>. En efecto, los expertos deben aportar sus conocimientos especializados al proceso para que quien debe tomar una decisión sobre la veracidad o falsedad de los enunciados de hecho de las partes pueda hacerlo sobre la base de la mejor información posible.

Históricamente se ha recurrido a diversos instrumentos para consentir al juez la utilización de conocimiento científicos y técnicos especiales. Conforme explica Lombardo<sup>355</sup>, ellos se encuentran representados por:

---

<sup>352</sup> Cf. FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual For Complex Litigation*, (Fourth) (2004), p. 474.

<sup>353</sup> SAKS, M. J., y VAN DUIZEND, R., *The use of scientific evidence in litigation*, National Centre for State Courts (1983).

<sup>354</sup> SMITH, R., y WYNNE, B., *Introduction*, en SMITH, R., y WYNNE, B. (Ed) *Expert Evidence. Interpreting Science in the Law*, Routledge, London and New York (1989), pp. 1-23, en especial pp. 3-7.

<sup>355</sup> LOMBARDO, L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, en Riv. Dir. Proc. (2002), pp. 1083 y ss.

- (i) La nómina de expertos realizada por el juez en relación a la exigencia del caso concreto;
- (ii) La integración de colegios especiales integrados por expertos, designados en función de la particular naturaleza de las controversias que deben resolver;
- (iii) La presentación de expertos en el proceso por iniciativa de las partes.

Cada uno de estos sistemas presenta en su estado puro ventajas y desventajas, las cuales, por lo general, se reducen en los ordenamientos procesales concretos con motivo de su utilización conjunta y también se encuentran influenciadas fuertemente por el nivel de poder que se acuerde al juez como director del proceso<sup>356</sup>.

### **6.6. Litigios paralelos y superpuestos. Conexidad, principio de prevención, acumulación de procesos. Alternativas regulatorias**

Con motivo de las características de los conflictos colectivos, su extensión subjetiva y en muchas ocasiones la extensión territorial de los efectos del acto que se considera lesivo de derechos; es un hecho bastante común que los legitimados colectivos promuevan distintos procesos colectivos paralelos y superpuestos ante diversos tribunales. Esto dispara la necesidad de repensar y reconfigurar distintos institutos procesales vinculados con la competencia por prevención, la litispendencia y la acumulación de procesos, entre otros<sup>357</sup>.

A tal efecto, es necesario tener presente una relectura de la noción de “parte”. Noción que cabe asignar al grupo representado y no a quien formalmente se presenta en el proceso para hablar en su nombre. En este punto la teoría tradicional es perfectamente aplicable, pero siempre que se la piense en clave colectiva.

Cuando un abogado se presenta con un poder judicial para peticionar en nombre de su mandante, nadie considera que aquél sea “parte” en el proceso. Por el contrario, es claro que la parte del proceso es su cliente, su representado. Pues bien, en el campo de la tutela colectiva

<sup>356</sup> Para un análisis comparado de los sistemas vigentes en Estados Unidos, Italia y Argentina, ver VERBIC, F., *La Prueba científica en el proceso judicial. Identificación de la noción en el marco de la teoría general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2008).

<sup>357</sup> VERBIC, F., *Litigios paralelos y legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor en un reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial (tres años desde “Halabi” y todavía...)*, Jurisprudencia Argentina (abril 2012).

de tipo representativo el fenómeno se presenta de modo similar aun cuando la representación sea atípica o extraordinaria<sup>358</sup>.

La única diferencia entre uno y otro supuesto (contexto tradicional individual, contexto colectivo) es que en el caso de la tutela colectiva, no habrá poder otorgado por los miembros de la clase.

Sin embargo, debe quedar claro que esa falta de apoderamiento expreso no significa que quien se presenta en justicia para defender al grupo de usuarios o consumidores sea “parte” en el proceso. Podrá denominárselo “parte representativa” (*named plaintiff*, como en el sistema de acciones de clase estadounidense)<sup>359</sup>, pero lo cierto es que la parte sustancial es el *grupo por ella representado*<sup>360</sup>.

Si hablamos de litispendencia entre acciones colectivas, entonces, para definir si hay o no identidad de partes, habrá que evaluar cuál es la clase representada por la “parte representativa”.

El segundo tema a considerar guarda relación con las características del conflicto colectivo y del contexto político en el cual este se presenta. Sucede que en el marco de una sociedad democrática de derecho, donde el acceso a la justicia es considerado como un verdadero derecho humano y como una garantía fundamental para los individuos, es perfectamente posible que cualquier miembro de un grupo afectado en sus derechos inicie una acción individual cuando ello fuese posible.

¿Qué significa esto? Significa que pueden coexistir causas colectivas junto con causas promovidas por miembros del grupo con el mismo objeto pero solo en defensa de su situación individual. La vulneración de derechos individuales homogéneos habilita la tutela procesal colectiva por diversas razones de peso que ya hemos analizado. Sin embargo, esa habilitación no puede impedir el planteo de pretensiones individuales por parte de los miembros del grupo habida cuenta el carácter “*esencialmente*” individual de los derechos en juego.

<sup>358</sup> Sobre algunas de las implicancias de este tipo de representación atípica me remito a Oteiza, E., y VERBIC, F., *La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi”?*, SJA 10/03/2010.

<sup>359</sup> FISS, O., y BRONSTEEN, J., *The Class Action Rule*, 78 *Notre Dame L. Rev.* 1419 (2003) (explicando claramente que el *named plaintiff* representa los intereses de la clase).

<sup>360</sup> Cf. SHAPIRO, D. L., *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 *Notre Dame L. Rev.* 913 (1997-1998).

Si estamos de acuerdo en que algunas de las finalidades fundamentales de la tutela colectiva son las de evitar pronunciamientos contradictorios y promover la economía procesal, tenemos como consecuencia la necesidad de pensar cómo enfrentar no solo la coexistencia de causas colectivas sino también la superposición de causas individuales con causas colectivas (fenómeno que, obviamente, no se presenta en el campo de la tutela procesal individual).

Una tercera cuestión a evaluar es la frecuente superposición de litigios colectivos discutiendo la misma cuestión de fondo pero con clases de distinto alcance. Por ejemplo, uno o varios procesos colectivos iniciados en representación de los usuarios de un servicio público domiciliados en determinados estados locales y uno o varios procesos colectivos promovidos antes distintos tribunales en representación de los usuarios del mismo servicio domiciliados en todo el país.

En estos supuestos será fundamental lograr que tales procesos sean acumulados y tramiten ante un mismo juez o tribunal para impedir el dictado de sentencias contradictorias, puesto que de otro modo se correría el riesgo de romper con las finalidades centrales de estos mecanismos de tutela. Un escenario del género nos lleva necesariamente al deber de establecer ante qué tribunal corresponde que se lleve adelante la discusión. En líneas generales, al igual de lo que sucede con la litispendencia, suele aplicarse la regla de la competencia por prevención y asignar jurisdicción al juez o tribunal que primero realizó ciertos actos procesales vinculados con algunos de tales procesos.

Esto, a su turno, nos lleva a la necesidad de establecer cuáles son los actos procesales que serían hábiles para generar competencia por prevención. Entre ellos, distintos regímenes establecen soluciones dispares. A modo de ejemplo pueden mencionarse la radicación del caso, la fecha de notificación de la demanda, la fecha de dictado del auto de certificación del proceso y la fecha de inscripción de esa decisión en determinados registros públicos.

Al tomar posición sobre el tema, el Código Modelo estableció en su art. 29 que *“si hubiere conexión entre las causas colectivas, se produce prevención en favor del juez que conoció del primer proceso, quien de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la acumulación de todos los litigios, aun cuando en estos no actúen la totalidad de los mismos sujetos procesales”*.

## 6.7. Publicidad y notificaciones. Modalidades. Lenguaje utilizado

Si tenemos en consideración el diagrama procesal de los sistemas de tutela colectiva representativa, los mecanismos de publicidad del proceso y de notificaciones a los miembros del grupo adquieren una importancia mayúscula, habida cuenta el interés público involucrado en estos asuntos y el hecho del gran número de personas que implican<sup>361</sup>.

Cuando uno piensa en notificaciones o publicidad de un proceso judicial y los actos procesales ocurridos en este contexto, rápidamente imaginamos edictos, notificaciones personales y registros de juicios universales, así como otras modalidades tradicionales de comunicación e información hacia las partes y la comunidad sobre la existencia y avances del trámite. Sin embargo, las notificaciones personales son costosas y de complicado trámite, los registros de juicios universales se encuentran muy lejos de la comunidad y muy poca gente presta atención a los edictos del diario (mucho menos los del Boletín Oficial).

A pesar de esto, los abogados nos hemos puesto de acuerdo en que estas modalidades de comunicación son aptas para permitir que la discusión procesal avance y también para resguardar los derechos de las partes y terceros con interés en el conflicto a resolver. Hemos aprendido a convivir con ellas sin cuestionarlas demasiado, y de hecho las experiencias recientes que buscan utilizar (y utilizan) la informática para mejorar nuestras comunicaciones han sido resistidas por grandes sectores de la comunidad jurídica.

Si esta falta de modernización en el modo de comunicarnos en el marco del proceso es cuanto menos delicada en el campo de los procesos individuales, en el contexto de casos colectivos asume, lisa y llanamente, un carácter peligroso. Peligroso para los miembros del grupo representados por el legitimado colectivo, peligroso para la efectividad de la solución dictada por la eventual sentencia a dictarse, y peligroso para la legitimidad del sistema frente a la sociedad.

Sucede que la publicidad del proceso y las notificaciones dirigidas a los miembros del grupo adquieren en el campo colectivo un carácter

---

<sup>361</sup> Los desarrollos de este apartado siguen principalmente lo expuesto en VERBIC, F., *Publicidad y notificaciones en los Procesos Colectivos de Consumo*, Diario La Ley del 15 de abril de 2015; y KALAFATICH, C., y VERBIC, F., *La notificación adecuada en los procesos colectivos*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 274 (sept/oct 2015), pp. 1390-1395.

verdaderamente fundamental para garantizar un debido proceso legal y, en ciertos casos al menos, para garantizar la posibilidad de ejercer el derecho de autonomía individual de grandes números de personas que, en atención a la estructura de los procesos de tutela colectiva sobre los que estamos trabajando (recordemos: procesos colectivos representativos), no están presentes en el debate.

En este sentido, podemos afirmar que la necesidad de acordar una amplia publicidad a la promoción de un proceso colectivo tiene por causa y objetivo permitir la participación en el debate de todos aquellos sujetos afectados y del resto de los legitimados extraordinarios habilitados para intervenir en el asunto (siempre en las condiciones y con los límites que prevea la legislación específica en la materia, puesto que la intervención de todos acabaría por obtener la posibilidad de acceder a la tutela colectiva).

En este sentido, conocer de la existencia del proceso y sus principales aspectos de trámite permite a los interesados controlar la actuación y la adecuación del representante, contribuir con las pruebas e información que dispongan y, en algunos casos, ejercer su derecho de autoexclusión si no desean ser afectados por la cosa juzgada de la sentencia a dictarse, siempre que el sistema prevea tal posibilidad. En otras palabras: como el instrumental colectivo descansa sobre la ficción de considerar presentes a tales sujetos a través de un representante atípico que no eligieron, la publicidad del proceso tiende fundamentalmente a garantizar su derecho de defensa<sup>362</sup>.

Desde otra perspectiva, un adecuado sistema de publicidad y notificaciones resulta esencial para que la sentencia colectiva pueda desactivar el conflicto definitivamente. Esto es, sin dejar abiertos flancos de ataque fundados en la falta de respeto a las señaladas garantías. Podría pensarse que esto apunta a una cuestión meramente pragmática, pero lo cierto es que también se juega allí uno de los corolarios de la garantía de debido proceso legal: la efectividad de la decisión (en este caso, colectiva).

Por último, una debida publicidad y un sistema razonable de notificaciones también resultan de gran trascendencia para dotar de legitimidad al sistema de tutela colectiva frente a la sociedad, asegurando una mayor transparencia en el proceso y también minimizando las

---

<sup>362</sup> VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2007), Capítulo IV.

posibilidades de sentencias contradictorias sobre una misma cuestión colectiva.

Ahora bien, ¿significa todo lo dicho hasta aquí que el sistema debe asegurar una notificación personal y fehaciente a todos los miembros del grupo como única alternativa para respetar sus garantías constitucionales? La respuesta es no. Tal como se explica con claridad en la introducción a los Principios de los Procesos Colectivos del *American Law Institute*: “Es claro para todos que las notificaciones tienen un chance muy pequeño de convertir en activos participantes de las acciones de clase a aquellos miembros del grupo que tienen pequeños intereses en juego. Enviar notificaciones a este tipo de personas es una pérdida de tiempo y dinero. A pesar de ello la práctica continúa, reflejando una bien intencionada creencia según la cual el aparente potencial de participación individual provee mayor legitimidad al proceso colectivo. Las notificaciones son un pilar fundamental del debido proceso en los procesos tradicionales, donde las partes cuentan con intereses de relevancia y pueden protegerse solo mediante una activa participación. La práctica de notificar a miembros de la clase que tienen pretensiones de escaso valor pone en evidencia la convicción de que ellos también tienen derecho a un debido proceso. Pero las buenas intenciones producen malos resultados cuando los encargados de generar políticas públicas no comprenden los incentivos de los litigantes. Cuando los miembros ausentes de la clase tienen pretensiones de escaso valor y pueden obtener un mejor resultado siguiendo el liderazgo de representantes nominales, los esfuerzos de convertir a aquéllos en activos litigantes mediante el uso de notificaciones están sepultados de antemano”<sup>363</sup>.

Por tanto, el tipo y modalidad de notificación y publicidad a implementar dependerán de las particulares características del caso en discusión y, muy especialmente, del grado de incentivo que los miembros del grupo puedan tener para participar en el proceso o apartarse del mismo.

Lejos entonces de tratarse de una cuestión simple que pueda resolverse automáticamente (por ejemplo, por medio de una previsión legal que imponga determinada forma de comunicación de manera obligatoria), es razonable acordar al órgano judicial suficiente discreción

---

<sup>363</sup> ISSACHAROFF, S. (Reportero General), *Principios del Derecho de los Procesos Colectivos*, American Law Institute, Ed. UNAM, México (2014), pp. XXI-XXII (disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3734/15.pdf>, última visita el 2/1/17).



para ponderar todas estas cuestiones y tomar las medidas que sean necesarias a fin de asegurar un sistema de publicidad y notificaciones razonable y adecuado para el caso concreto.

¿Qué modalidades se encuentran disponibles para poner en conocimiento de los miembros del grupo la existencia del proceso y sus principales movimientos? A título ejemplificativo es posible identificar cuanto menos las siguientes:

- (i) La publicación de banners destacados en lugares rápidamente accesibles de las páginas web de las partes del proceso;
- (ii) La publicación de anuncios televisivos;
- (iii) La utilización de notas simples, cartelera, redes sociales, y otras modalidades que involucran el uso de nuevas tecnologías; como ser el envío de correos electrónicos o de mensajes de texto por vía de telefonía celular;
- (iv) La inscripción de la causa y de sus pasos procesales más relevantes en Registros Públicos de Procesos Colectivos.

El menú de alternativas para poner a los miembros del grupo afectado y a la sociedad en general en conocimiento de la existencia del proceso y de los principales movimientos ocurridos en el marco del mismo es, como puede advertirse, muy amplio. Destacamos también que se trata de modalidades que pueden utilizarse en conjunto, ya que no son excluyentes en lo más mínimo. Modalidades que además –y esto no es menor– en varios supuestos son totalmente gratuitas o bien tienen un costo ínfimo<sup>364</sup>.

Si el sistema procesal pretende que la existencia de los casos colectivos llegue a conocimiento de quienes se verán afectados por lo que allí se resuelva, es fundamental utilizar soluciones innovadoras en

<sup>364</sup> Destaco la importancia de la gratuidad (o ínfimo costo) de muchas de estas modalidades ya que los costos de aquellas elegidas como adecuadas para un caso concreto pueden llegar a operar como un factor determinante para la viabilidad misma de este tipo de causas colectivas. Exigir a la parte actora que cargue con el costo de producción de tales acciones de comunicación puede en muchos casos condenar al fracaso el sistema de tutela colectiva y, con ello, impedir el acceso a la justicia de grandes grupos de personas (así como garantizar la impunidad de conductas y prácticas comerciales manifiestamente ilícitas, pero generadoras de afectaciones de escasa cuantía individual). El órgano judicial debería gozar también de discreción para asignar razonablemente la carga de tales costos, de forma tal de impedir que se erijan como un obstáculo para el avance de la discusión colectiva del conflicto (en ocasiones, por ejemplo asuntos de escasa cuantía, única vía realista de acceso a la justicia).

este aspecto a fin de comenzar a desterrar viejas y costosas modalidades de comunicación que se encuentran muy lejos de poder cumplir adecuadamente con esta función (nos referimos especialmente a los edictos tan típicos de nuestra región).

Entendemos que el enfoque del CMPC sobre la materia quedó a mitad de camino al insistir con los edictos como principal medio de publicidad y notificación del proceso, sin perjuicio de establecer una mayor amplitud en la difusión para la etapa de liquidación de la sentencia. En este último contexto procesal, el Código Modelo establece que se impondrá al demandado *“el deber de divulgar nueva información por los medios de comunicación social, observando el criterio del costo reducido”*<sup>365</sup>.

A todo lo dicho hasta aquí, cabe agregar la importancia del contenido de la comunicación y –esto es verdaderamente fundamental– del lenguaje a utilizar en ese contexto<sup>366</sup>. Téngase presente que aun cuando podamos asegurar que la información llegue a conocimiento de sus destinatarios, de nada servirá si el lenguaje utilizado para comunicar les resulta inaccesible.

Es bien sabido que, el lenguaje jurídico sufre de vaguedad, ambigüedad, y otra serie de problemas propios del lenguaje vulgar que utiliza para expresarse<sup>367</sup>. Se supone que a mayor técnica y especificidad en la terminología utilizada, menor será el margen de error en lo que se busca comunicar. En teoría, es justamente por ello que el lenguaje

---

<sup>365</sup> *“Art. 21: Citación y notificaciones.- Estando en forma la petición inicial, el juez ordenará la citación del demandado y la publicación de edictos en el Órgano Oficial, con la finalidad de que los interesados puedan intervenir en el proceso como asistentes o coadyuvantes. Par. 1º.- Sin perjuicio de la publicación de edictos, el juez ordenará que sean notificados los órganos y entidades de defensa de los intereses o derechos protegidos en este Código, acerca de la existencia de la demanda colectiva y de su trámite a fin de que cumplan con lo dispuesto en el acápite de este artículo. Par. 2º.- Cuando fuere posible la ejecución de lo juzgado, incluso en forma provisoria, o estuviere precluida la decisión anticipatoria de los efectos de la tutela pretendida, el juez ordenará la publicación de edictos en el Órgano Oficial, a costa del demandado, a quien impondrá, también, el deber de divulgar nueva información por los medios de comunicación social, observando el criterio del costo reducido. Sin perjuicio de las referidas providencias, el juez dispondrá la comunicación a los órganos y entidades de defensa de los intereses o derechos protegidos en este Código, para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior”.*

<sup>366</sup> Distintos ejemplos de notificaciones en acciones de clase pueden consultarse en HENSLER, D. R. y otros, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, RAND Institute (2000).

<sup>367</sup> Sobre el particular, ver el clásico trabajo de CARRIÓ, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1968).

forense se encuentra plagado de términos, frases, conceptos, y construcciones semánticas que difícilmente puedan ser entendidos por quienes no son especialistas en la materia o, al menos, se encuentren habituados a trabajar con textos jurídicos.

Mucho de ese lenguaje es esencial para explicar determinados conceptos, teorías, y doctrinas (entendiendo por “esencial” que su reemplazo podría hacer incurrir en error a los operadores jurídicos). Sin embargo, también existe todo un bagaje de vocabulario que no resulta imprescindible y que bien podría abandonarse para permitir que las decisiones judiciales sean más fácilmente comprensibles por la sociedad.

En el marco de la publicidad y notificaciones implementadas en procesos colectivos entendemos que resulta fundamental cuidar que el contenido a transmitir sea expresado en un lenguaje que, sin incurrir en errores conceptuales, pueda ser entendido por la población a la cual se dirige. Solo de ese modo estos mecanismos podrán cumplir con su objetivo primordial de asegurar la plena vigencia de las garantías de debido proceso y autonomía individual de los miembros del grupo<sup>368</sup>.

En ese sentido, para terminar con este punto cabe destacar dos recientes experiencias en la materia.

La primera es, el sistema judicial peruano con la redacción de un *“Manual judicial de lenguaje claro y accesible a los ciudadanos”*<sup>369</sup>, en cuya presentación se afirma que *“la legitimidad de los jueces y la confianza ciudadana en sus decisiones está íntimamente ligada con la claridad y calidad argumentativas de sus resoluciones y decisiones”*.

La segunda es, el documento elaborado por el grupo de trabajo *“Justicia y Lenguaje Claro: por el derecho del ciudadano a comprender la Justicia”* en el marco de la segunda ronda de talleres de la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana<sup>370</sup>. En dicha ocasión el grupo sostuvo

<sup>368</sup> Hemos postulado esto en términos generales con relación a la motivación de las decisiones judiciales en VERBIC, F., *Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano*, L. L. 2014-A-867.

<sup>369</sup> Poder Judicial de Perú, *Manual judicial de lenguaje claro y accesible a los ciudadanos*, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima (2014), disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7b17ec0047a0dbf6ba8abfd87f5ca43e/MANUAL+JUDICIAL+DE+LENGUAJE+CLARO+Y+ACCESIBLE.pdf?MOD=AJPERES> (última visita el 2/1/17).

<sup>370</sup> Celebrado en Colombia del 27 al 29 de mayo de 2015.

que “La legitimidad de la judicatura está ligada a la claridad y calidad de las resoluciones judiciales, y constituye un verdadero derecho fundamental (debido proceso). La motivación cumple, además de dar razones a las partes, una función política, extraprocesal, directamente conectada con los Derechos Humanos; de permitir el control social y ciudadano, aunque sea difuso, de la actividad jurisdiccional”<sup>371</sup>. Sobre estas premisas y en base al examen realizado sobre “unas cien sentencias de distintos fueros (materias) y grados”, propusieron una serie de recomendaciones entre las cuales se destaca la necesidad de “buscar un equilibrio entre el rigor técnico necesario de las expresiones y su comprensión por parte de la ciudadanía”<sup>372</sup>.

### 6.8. Apertura del debate y transparencia. *Amicus Curiae*. Audiencias públicas

La necesidad de abrir el debate y fortalecer la transparencia en el marco de los procesos colectivos se encuentra estrechamente vinculada con las implicancias que supone el hecho de discutir conflictos colectivos dentro del Poder Judicial y el necesario redimensionamiento del rol de este último en el marco de nuestras sociedades, a lo cual nos hemos referido en el apartado 3 de este trabajo.

Dos herramientas son fundamentales para lograr tales objetivos:

La primera es, la figura del *Amicus Curiae* o “amigo del tribunal”, un instituto que permite a terceros ajenos a una causa judicial presentar allí argumentos y opiniones para colaborar con la solución del conflicto. Por lo general se exige que tales terceros sean personas (físicas o jurídicas, públicas o privadas) que cuenten con acreditada experiencia en alguno de los aspectos sobre los que versa la discusión<sup>373</sup>.

<sup>371</sup> “XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana”, Segunda Ronda de Talleres, 27 al 29 de mayo de 2015, Colombia, “Documento reporte de actividad”, pp. 6 y ss., disponible acá: [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=1521992&folderId=1396636&name=DLFE-7016.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=1521992&folderId=1396636&name=DLFE-7016.pdf) (última visita el 2/1/17).

<sup>372</sup> “XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana”, Segunda Ronda de Talleres, 27 al 29 de mayo de 2015, Colombia, “Documento reporte de actividad”, pp. 4 y ss., disponible acá: [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?p\\_l\\_id=1521992&folderId=1396636&name=DLFE-7016.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=1521992&folderId=1396636&name=DLFE-7016.pdf) (última visita el 2/1/17).

<sup>373</sup> El *Black’s Law Dictionary (7th Edition)* define la figura como aquella persona que no es parte en el proceso pero peticiona a la Corte o bien es requerida por esta para presentar un *brief* debido al fuerte interés que tiene en el asunto que se discute. Toda la doctrina que tuvo oportunidad de analizar define de este modo a la figura, con algunos matices que entiendo innecesario desarrollar aquí debido al objeto del presente trabajo.

La finalidad principal de este instituto es asistir al tribunal, proporcionando razones y argumentos especializados sobre las cuestiones que se debaten en el expediente. Argumentos que, bueno es destacarlo, no resultan exclusivamente de índole jurídica. La experiencia en el derecho comparado demuestra que en numerosas ocasiones el *Amicus* ha contribuido abordando perfiles filosóficos, sociológicos, históricos, y hasta políticos de los conflictos en discusión, muchas veces ignorados o subestimados por las partes y hasta por los propios magistrados.

Si bien originariamente, y durante gran parte de la historia, fue considerado como un colaborador que buscaba ayudar al tribunal a cumplir con eficacia y objetividad sus funciones (de allí su nombre: “amigo del tribunal”), cabe destacar que en época reciente “se ha transformado en una suerte de interventor interesado y comprometido”<sup>374</sup>.

Permitir la intervención de esta figura en el marco del debate procesal colectivo acarrea importantes ventajas. En primer lugar, la participación de la figura amplía el debate y eleva el nivel de discusión sobre el conflicto al incorporar argumentos que de otro modo no hubieran sido objeto de consideración por los jueces o las partes<sup>375</sup>.

Esta ventaja, que puede considerarse valiosa en sí misma en el marco de cualquier república democrática, a su turno influye directamente sobre la calidad de la decisión, porque enriquece la mirada de los jueces y permite descubrir nuevas perspectivas de análisis para el caso.

Otro beneficio que aparece la incorporación al debate judicial de diferentes descripciones y narrativas por medio del *Amicus* reside en el estímulo que provoca para el dictado de sentencias más justas y con

<sup>374</sup> CUETO RÚA, J., *Acerca del ‘Amicus Curiae’*, 1988-D-721. El autor señala que la figura ha dejado de ser un “amigo del tribunal” para transformarse en “patrocinador de un interés determinado”. En este trabajo puede consultarse una breve reseña sobre la evolución histórica de la figura desde sus orígenes en el sistema inglés.

<sup>375</sup> Subrayo las palabras de Trionfetti al respecto: “Hablar de ‘debate’ y de su correspondiente ‘enriquecimiento’ es aventar toda idea de hermeticidad, de abovedamiento, de soliloquio, de ‘mirada experta’ y de toda aquellas metáforas que sirven –eufemísticamente– para desplazar y alejar mecanismos de transparencia, de racionalidad y control comunitario sobre la labor de los jueces” (TRIONFETTI, V., *El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del Amicus Curiae*, L. L. Sup. Const 2003-F-68). En la misma línea, CAPUANO TOMEY, C., *El Amicus Curiae*, L. L. 2005-E, 1061.

fundamentos menos dogmáticos<sup>376</sup>, lo cual –a su turno– aumenta la legitimidad de este departamento de Estado (que depende en su mayor parte de la calidad argumental de sus decisiones)<sup>377</sup>.

En el mismo orden, el *Amicus* se presenta como un instrumento relevante para impulsar el ejercicio de la ciudadanía y habilitar nuevos espacios de participación en asuntos de interés público. Sucede que, como hemos ya señalado, estos procesos judiciales colectivos constituyen verdaderos espacios de resonancia social y no deberían quedar exclusivamente sometidos a las alegaciones de las partes<sup>378</sup>.

Desde esta perspectiva, la figura se erige como un trascendente mecanismo de democracia participativa que provoca una importante apertura del Poder Judicial hacia la comunidad (lo cual también concurre a dotar de mayor legitimidad al accionar de aquel)<sup>379</sup>.

Finalmente, también puede sostenerse como ventaja el hecho de coadyuvar a lograr un Poder Judicial cada vez más transparente. En este sentido, la regulación del *Amicus* puede ser una opción interesante para visibilizar, reglamentar y hacer público el *lobby* que de manera regular muchos sujetos realizan en defensa de sus intereses.

La segunda de las herramientas a que nos referimos son las audiencias públicas.

Nos hemos referido a las audiencias en el apartado 5.1., destacando allí su importancia como método de debate para implementar la oralidad con intermediación. Para comprender la relevancia de la pu-

<sup>376</sup> En este orden, Trionfetti apunta con claridad que la posibilidad de ensanchar el espacio y contenido del debate jurisdiccional “no garantiza una mejor justicia, pero refuerza la posibilidad de que ello suceda” (TRIONFETTI, V., *El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del Amicus Curiae*, L. L. Sup. Const 2003-F-68). En la misma línea, Cueto Rúa destaca que el instituto se erige como el medio procesal adecuado “... para suministrar a los jueces la mayor cantidad posible de elementos de Juicio para dictar sentencia justa” (CUETO RÚA, J., *Acerca del ‘Amicus Curiae’*, 1988-D-721).

<sup>377</sup> GELLI, M. A., *Las fuentes del ‘poder’ de la Corte Suprema*, L. L. 2003-E-1317.

<sup>378</sup> Cf. TRIONFETTI, V., *El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del Amicus Curiae*, L. L. Sup. Const 2003-F-68.

<sup>379</sup> Destacando la participación ciudadana ver especialmente NÁPOLI, A., y VEZZULLA, J., *El Amicus Curiae en las causas ambientales*, J. A. 2007-II-1268; BAZÁN, V., *La Corte Suprema de Justicia abre paso a los amicus curiae*, L. L. Sup. Const. 2004 (agosto) 75; BAZÁN, V., *El Amicus Curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de interpositio legislatoris para su admisibilidad*, J. A. 2003-II-997.

blicidad como principio rector de esas audiencias desarrolladas en el marco de este contexto debemos considerar que, como sostiene Salgado, el proceso colectivo *“tiene un cariz necesariamente participativo y debe abrirse a todos los sectores involucrados y permitir la intermediación del juez con el conflicto”*. Ello así por cuanto *“La solución colectiva o la utilidad del proceso, muchas veces, no solo puede ser medida por el contenido de la decisión, sino también por el proceso de participación, debate, y discusión en que aquella es adoptada. El debate de ideas, sin dudas, le brinda mayor aceptación y sustentabilidad a la decisión”*<sup>380</sup>.

En el mismo sentido, citando a Rawls, la CSJN argentina ha sostenido recientemente con relación a la importancia de las audiencias públicas (en el procedimiento administrativo, pero en doctrina de clara aplicación al proceso judicial) que *“el debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente, permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia”*<sup>381</sup>.

Una vez más, acudiremos como ejemplo a la regulación que sobre el tema ha implementado la CSJN argentina<sup>382</sup> en cuyos fundamentos puede apreciarse el declarado propósito de utilizar el instituto para *“elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República”*. Asimismo, se sostiene allí que *“la participación ciudadana en actos de esta naturaleza y la difusión pública”* permitirán *“poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal”*.

La norma reglamentaria contempla la posibilidad de convocar audiencias públicas con el voto de tres de los jueces del tribunal (art. 1) y prevé tres tipos de audiencias en cuanto a su objeto: informativas,

<sup>380</sup> SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2011), p. 280.

<sup>381</sup> CSJN en autos *“Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”* (Expte. N° FLP 8399/2016/CS1), sentencia del 18/8/16, considerando 18° del voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco (con cita de RAWLS, J., *Justice as Fairness. A restatement*, Harvard, Harvard University Press, 2001).

<sup>382</sup> Acordada CSJN 30/2007.

conciliatorias, y ordenatorias (art. 2)<sup>383</sup>. Igualmente, permite a los jueces interrogar libremente a los abogados *“sin que ello implique prejuzgamiento”* (art. 9), establece que *“las audiencias serán públicas”* y dispone que para participar en ellas se dará prioridad *“a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el Tribunal”*. El público en general podrá asistir *“hasta el número de personas que fije el Tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada asunto”* (art. 5). A fin de superar las limitaciones de infraestructura que podrían impedir una amplia participación, la Acordada dispone que las audiencias *“serán filmadas y grabadas”* y que sus actas *“serán públicas y accesibles”* (art. 11)<sup>384</sup>.

Es importante destacar que además de ampliar el debate, avanzar una mayor transparencia en la discusión y mejorar la decisión por medio de una más profunda discusión y del descubrimiento de nuevas perspectivas de análisis para el caso, estas dos herramientas (*Amicus Curiae* y audiencias públicas) se presentan también como medios relevantes para educar, empoderar y facilitar la participación de la ciudadanía en estos asuntos, aumentando de tal modo la legitimidad del Poder Judicial a través de su acercamiento a la comunidad<sup>385</sup>.

## 6.9. Costas. Honorarios. Mecanismos de incentivo

Reconocidos especialistas en el campo de las acciones de clase se han referido a la importancia de los incentivos de manera coincidente. En este sentido, han utilizado por ejemplo la metáfora de procesos colectivos como *“hermosos autos sin motor”* a fin de ilustrar el fracaso de los sistemas de derecho comparado que introdujeron mecanismos de acciones de clase sin atender a la estructura de incentivos que debe acompañarlos (si se pretende que se usen y funcionen, claro está)<sup>386</sup>,

<sup>383</sup> Art. 2 de la Acordada CSJN N° 30/2007: *“Las audiencias serán de tres tipos: I) Informativa: tendrá por objeto escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir; II) Conciliatoria: tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; III) Ordenatoria: tendrá por objeto tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa”*.

<sup>384</sup> Para un ejemplo, ver la audiencia pública celebrada en el ya citado caso ADC c. PAMI, sobre acceso a la información pública, disponible en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=C9mbu9iidro> (última visita el 2/1/17).

<sup>385</sup> ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC), *Propuestas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el tratamiento de casos constitucionales*, disponible en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/propuestas\\_adc\\_a\\_cs\\_tratamiento\\_casos\\_constit.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/propuestas_adc_a_cs_tratamiento_casos_constit.pdf) (última visita el 2/1/17).

<sup>386</sup> BURBANK, S. B.; FARHANG, S., y KRITZER, H. M., *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and other Common Law Countries)* [“Beautiful cars without engines (Valguarnera 2010: 42)”]. Este trabajo es el reporte



así como también señalando que determinar qué incentivos tienen los abogados para patrocinar el caso colectivo en beneficio del grupo ausente en el proceso configura una cuestión clave del sistema<sup>387</sup>.

En esa misma línea, Gidi se ha ocupado de advertir que en cualquier país donde se adopte la regla general de que la parte que pierde el pleito paga los honorarios de la otra, el riesgo de ser derrotado y tener que afrontar dichas erogaciones actúa como un gran desaliento para la promoción de procesos colectivos<sup>388</sup>. Esto ocurre aun cuando exista la posibilidad de obtener un beneficio de litigar sin gastos, ya que su eventual revisión frente al cambio de las circunstancias de hecho que sirvieron de causa al otorgamiento deja siempre latente el problema.

El CMPC se ocupa de esta cuestión al regular el régimen de costas y honorarios en su art. 15. En primer término, allí se establece como regla en la materia el principio objetivo de la derrota cuando el actor triunfa en su pretensión: *“la sentencia condenará al demandado, si fuere vencido, en las costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, así como en los honorarios de los abogados de la parte actora”*.

Igualmente, se determinan pautas para cuantificar los honorarios que corresponden a los abogados del proceso, exigiendo al juez tener en consideración *“la ventaja para el grupo, categoría o clase, la cantidad y calidad del trabajo desempeñado por el abogado de la parte actora y la complejidad de la causa”* (art. 15, Par. 1º).

A modo de incentivo para que este tipo de casos ingrese al sistema de justicia, el Código Modelo prevé dos mecanismos.

El primero de ellos es, la posibilidad de acordar una *“gratificación financiera”* al legitimado colectivo cuando se trate de una persona física, sindicato o asociación y su actuación hubiese sido *“relevante en la conducción y éxito del proceso colectivo”* (art. 15, Par. 2º).

---

general presentado por los autores en el XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado en Heidelberg en el año 2011.

<sup>387</sup> ISSACHAROFF, S., *Fairness in Aggregation*, 9 US-China L. Rev. 477 (2012), (a su juicio, esto demanda encontrar una respuesta al interrogante de *“por qué y cómo los abogados son pagados por una representación no contractual”*).

<sup>388</sup> GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, UNAM, México* (2004).

Como explica Guayacán Ortiz, esta modalidad consistente en recompensar la actuación del legitimado colectivo encuentra sus orígenes en el derecho romano y estuvo contemplada durante un tiempo en la ley colombiana para los casos de acción popular<sup>389</sup>. A juicio del citado autor, fue uno de los tres factores que contribuyó *“al incremento que ha tenido la acción popular en Colombia”*<sup>390</sup>.

El segundo mecanismo es, una suerte de beneficio de litigar sin gastos automático para los actores, según el cual estos *“no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales”* (art. 15, Par. 3º).

A efectos de evitar abusos, la regulación prevista en el CMPC se ocupa de establecer severas sanciones para los litigantes de mala fe y para los responsables de los respectivos actos procesales por medio de los cuales esa mala fe se manifieste: *“serán solidariamente condenados al pago de los gastos del proceso, de los honorarios de los abogados de la parte contraria y al décuplo de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios”* (art. 15, Par. 4º).

## 6.10. Proceso colectivo pasivo

Los desarrollos conceptuales de orden general que hemos efectuado hasta aquí parten de la premisa que el grupo o clase de personas se encuentra en el lado activo de la relación procesal. Este es el enfoque tradicional y configura claramente el supuesto más común en la práctica de los tribunales. Sin embargo, también existe la posibilidad de que no sea el grupo quien demande sino quien resista una pretensión colectiva.

En la exposición de motivos del CMPC se hace referencia a este proceso colectivo pasivo como *“una absoluta novedad para los ordenamientos de civil law”*<sup>391</sup>. Esta afirmación se explica por el hecho que

<sup>389</sup> La Ley N° 1.425 de 2010 derogó expresamente los artículos 39 y 40 de la Ley N° 472 de 1998. Si bien fue impugnada alegándose su inconstitucionalidad, la Corte Constitucional rechazó esa pretensión y confirmó su validez por medio de la C-630 de 2011.

<sup>390</sup> GUAYACÁN ORTIZ, J. C., *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, Revista de Derecho Privado N° 9 (2005), Universidad del Externado, Bogotá, pp. 42-45.

<sup>391</sup> *“Preconizada por la doctrina brasileña, objeto de tímidas tentativas en la práctica, la acción colectiva pasiva aun siendo más rara, no puede ser ignorada en un siste-*

el sistema de la FRCP 23 estadounidense prevé las acciones de clase pasivas en su apartado (a) al establecer que uno o más miembros de una clase “*pueden demandar o ser demandados como partes representativas...*”. Sin embargo, debemos subrayar que también en el sistema estadounidense y en el brasileño se trata de supuestos excepcionales y poco utilizados<sup>392</sup>.

Conscientes de la relevancia del instrumento para enfrentar determinados conflictos colectivos, el sistema del CMPC dedica específicamente el Título VI a “*las acciones contra un grupo, categoría o clase*”. Como principio, establece allí que la pretensión colectiva “*puede ser propuesta contra una colectividad organizada o que tenga representante adecuado, en los términos del parágrafo 2º del artículo 2 de este Código, siempre que el bien jurídico a ser tutelado sea supraindividual (artículo 1º) y esté revestido de interés social*” (art. 35).

Además, el Código Modelo regula los alcances de la cosa juzgada según se trate de pretensiones de objeto indivisible (derechos colectivos en la terminología del Código Modelo) o divisibles (derechos individuales homogéneos)<sup>393</sup>, y establece la aplicación supletoria del

---

*ma de procesos colectivos. La acción, en esos casos, es propuesta no por la clase, sino contra ella*” (CMPC, Exposición de motivos).

<sup>392</sup> Cf. SHAPIRO, D. L., *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 NOTRE DAME L. REV. 913, 914 n. 2 (1998) (sosteniendo que “*actualmente las acciones de clase pasivas son raras y generan especiales problemas de representación y debido proceso*”). Más recientemente SHEN, F., *The Overlooked Utility of the Defendant Class Actions*, 88 Denv. U. L. Rev. 73 2010-2011 (apoyando y promoviendo la utilización de este tipo de acciones para la obtención de información, partiendo para ello de la premisa que las mismas “*son típicamente pasadas por alto tanto en las clases de las escuelas de derecho como en la doctrina legal*”). En referencia a Brasil, ver DIDIER JR., F., y ZANETTI JR., H., *Curso de direito processual civil*, 9ª edición, Tomo 4 Processo Coletivo, Editora Jus Podivm, Salvador Bahía (2014), p. 377 (señalando que “*el proceso colectivo pasivo es uno de los temas menos versados en los estudios sobre la tutela jurisdiccional*”).

<sup>393</sup> “Art. 36.- Cosa juzgada pasiva: intereses o derechos difusos.- Cuando se trate de intereses o derechos difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase”. “Art. 37.- Cosa juzgada pasiva: intereses o derechos individuales homogéneos.- Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual. Parágrafo único -Cuando la pretensión colectiva fuere promovida contra un sindicato, como sustituto procesal de la categoría, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará individualmente a todos los miembros, aún en el caso de procedencia del pedido”.

régimen para los procesos colectivos activos en todo cuando no sea incompatible (art. 38).

En líneas generales, tal como señala Salgado al analizar el sistema estadounidense, debemos considerar que en los procesos colectivos pasivos los actores individuales deberán cumplir con la carga de “*describir la clase, centrar la pretensión en las cuestiones comunes y que éstas prevalezcan sobre las individuales, demostrar la necesidad de accionar bajo esta especie de tutela y que ella es superior a otro mecanismo disponible*”. Su demanda debe ser dirigida contra “*aquellos que representen los intereses de la clase, demostrando que pueden sostener aquéllas y representar adecuadamente los derechos de los miembros ausentes*”<sup>394</sup>.

La cuestión más delicada en este supuesto se da en torno a la configuración del requisito de la representatividad adecuada. Sucede que en estos procesos pasivos el representante colectivo no se autonoma como tal sino que “*normalmente resulta ser elegido por los actores y por el tribunal*”<sup>395</sup>. Esta particularidad impide garantizarla idoneidad del legitimado colectivo así como una defensa vigorosa de la causa por parte del mismo<sup>396</sup>. Además, se suma al hecho que en numerosas ocasiones la existencia de distintos demandados en un proceso encierra posibles situaciones de deslinde de responsabilidad y, por tanto, intereses no alineados que permitan a un mismo representante colectivo actuar en el proceso en nombre de todos ellos.

Otra cuestión que merece diferenciarse con relación al proceso colectivo activo está vinculada con la posibilidad de ejercer el derecho de exclusión a que nos referimos en el apartado 7.2. Al respecto, diversos autores y tribunales han sostenido la necesidad de impedir el ejercicio de este derecho, mientras otros lo han permitido. En general, se sugiere que tal derecho individual no resulta aplicable en este tipo de procesos<sup>397</sup>.

<sup>394</sup> SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2011), p. 226.

<sup>395</sup> SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2011), p. 227.

<sup>396</sup> Sobre esta cuestión, en general con similar abordaje en el derecho canadiense, ver MCNALLY, W. E., y COTTON, B. E., *Guiding Principles Regarding the Constitution of a Representative Defendant and a Defendant Class in a Class Action Proceeding*, 27 *Advoc. Q.* 110, (2003).

<sup>397</sup> Ver sobre el punto MORABITO, V., *Defendant Class Actions and the Right to Opt Out: Lessons for Canada from the United States*, 14 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 197 (2004), (afirmando que los miembros de una clase pasiva no deberían contar con este derecho y sugiriendo modificaciones a las leyes de Ontario y FC en Canadá para suprimirlo). También *Note Personal Jurisdiction and Rule 23. Defendant Class*

Entre los supuestos en que se ha empleado este mecanismo, podemos identificar, por ejemplo, huelgas de policías federales (se demandó a la Federación Nacional y al Sindicato pertinente), pretensiones en tutela de consumidores de combustible (dirigidas contra el sindicato de revendedores de combustible), casos de ocupaciones de inmuebles o privación de acceso a los mismos (promovidas contra comunidades indígenas y centros de estudiantes universitarios), casos por violación al derecho de patentes (articulados contra todos aquellos en uso indebido de las mismas), entre otros<sup>398</sup>.

## VII. COSA JUZGADA COLECTIVA

### 7.1. Sistemas

La cosa juzgada puede ser definida como la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de una sentencia cuando esta ha quedado firme o consentida. Se trata de una cualidad específica de la sentencia que abarca sus efectos con relación a ciertas personas, y supone, fundamentalmente, su inimpugnabilidad<sup>399</sup>.

Tradicionalmente, el principio rector de la cosa juzgada fue la limitación de su alcance subjetivo a las partes que efectivamente participan en el litigio, sea por sí mismos o por un representante tradicional elegido al efecto. Sin embargo, con el advenimiento de los conflictos de masa y repetitivos, este principio de limitación subjetiva se evidenció como inadecuado y surgió la necesidad de dotar a las sentencias de un alcance mayor. Ese alcance se logró ampliando la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia a todo el grupo o clase de personas representado por el legitimado colectivo en el proceso.

---

*Actions*, 53 Ind. L. J. 841 (1977-1978), (tomando igual posición al afirmar que la posibilidad de optar por excluirse en este tipo de contexto procesal “tornaría en gran medida inútil al proceso”).

<sup>398</sup> Ver DIDIER JR., F., *De las acciones contra un grupo, categoría o clase*, Comentario al art. 35 del CMPC en GIDI, A., y FERRER MAC-GREGOR, E. (Coordinadores) *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un Diálogo Iberoamericano*, Ed. Porrúa - UNAM, pp. 369-377; DIDIER JR., F., y ZANETTI JR., H., *Curso de derecho processual civil*, 9ª edición, Tomo 4 *Processo Coletivo*, Editora Jus Podivm, Salvador Bahía (2014), pp. 381-384.

<sup>399</sup> VERBIC, F., *Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina*, *Civil Procedure Review*, Vol. 4 (noviembre 2013).

En esta línea, autores como Gidi han sostenido que el carácter expansivo de la cosa juzgada para abarcar a todo el grupo representado es un elemento esencial del proceso colectivo. Es que una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal destruye la esencia fundamental del proceso representativo en tanto instrumentos para resolver conflictos colectivos<sup>400</sup>.

Así, puede observarse sin excepción que las legislaciones que regulan mecanismos de litigio colectivo establecen distintos sistemas que, con matices, determinan el modo y las condiciones en que la cosa juzgada beneficiará o perjudicará a todo el grupo (y no solo a quienes efectivamente participan del debate procesal).

Existen dos grandes sistemas de vinculatoriedad de la cosa juzgada colectiva.

Por un lado, el denominado *pro et contra*, que implica un efecto inmutable de la sentencia con independencia del resultado. Gane o pierda el legitimado colectivo, el conflicto queda resuelto y no podrán iniciarse en el futuro nuevas acciones colectivas ni individuales por parte de los miembros del grupo para intentar discutir nuevamente lo allí resuelto. Este sistema es el adoptado por las acciones de clase en el orden federal estadounidense.

Por el otro lado, tenemos un sistema de vinculatoriedad relativa de la cosa juzgada conocido como *secundum eventum litis*. A diferencia del anterior, este sistema hace depender la expansión de la cosa juzgada al modo en que se resuelve el proceso. En general, en este sistema la sentencia colectiva solamente obliga con cosa juzgada si el resultado es favorable al grupo.

En caso que el representante colectivo tenga un resultado adverso, las acciones individuales de los miembros del grupo seguirán vigentes (aunque no así la acción colectiva, que muchas veces es la única alternativa realista para obtener tutela oportuna y efectiva de los derechos afectados).

Veremos más adelante cuáles son las razones y premisas que sostienen uno y otro, ambas estrechamente vinculadas con el modo de

---

<sup>400</sup> GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctrina Jurídica N° 151, Universidad Nacional Autónoma de México (2004), pp. 98-99.

regular otras instituciones dentro del propio proceso colectivo (especialmente la representatividad adecuada, los mecanismos de notificación y el derecho de exclusión). Tomemos ahora al Código Modelo como ejemplo de cómo puede regularse esta cuestión.

El CMPC contempla el instituto en su art. 33 para los procesos colectivos activos y, según ya señalamos al abordar los procesos colectivos pasivos, estableció previsiones específicas al respecto en sus arts. 36 y 37.

Dicho art. 33 establece como principio una cosa juzgada expansiva la cual denomina “*erga omnes*”, sujetando su alcance a una modalidad que, según Didier Jr., es una suerte de modalidad *pro et contra* conocida como *secundum eventum probationis*<sup>401</sup>. Sucede que esa cosa juzgada no afectará a los derechos individuales de los miembros del grupo en los supuestos donde el rechazo de la pretensión colectiva obedezca a insuficiencia probatoria: “Art. 33.- Cosa juzgada. En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba”<sup>402</sup>.

Este sistema también puede ser visto como una variación específica de *secundum eventum litis*, condicionada por los motivos que derivaron en dicho rechazo. Si tomamos en cuenta que el Código Modelo carece de previsiones sobre el derecho de optar por excluirse, este enfoque permitiría garantizar con mayor seguridad los derechos de los miembros del grupo.

El Código Modelo prevé que incluso en los supuestos donde el rechazo de la pretensión colectiva no obedeció a tales motivos sino que estuvo basado en las pruebas ofrecidas por las partes y producidas en el expediente, cualquier legitimado podrá intentar otra acción colectiva con idéntico fundamento dentro de los dos años siguientes a tomar conocimiento de “*nueva prueba superveniente, que no hubiera*

<sup>401</sup> Ver DIDIER JR., F., *Cosa juzgada colectiva*”, Comentario al art. 33 del CMPC en GIDI, A., y FERRER MAC-GREGOR, E. (Coordinadores), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un Diálogo Iberoamericano*, Ed. Porrúa - UNAM, pp. 343-350, 345.

<sup>402</sup> La no afectación de los derechos individuales de los miembros del grupo en caso de rechazo de la pretensión colectiva encuentra recepción expresa en el propio art. 33: “Par. 2º - *Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual*”.

*podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso” (art. 33, Par. 1°).*

## **7.2. El derecho de optar por excluirse del proceso**

Otra cuestión relevante para determinar los alcances de la cosa juzgada es la relativa a los distintos modelos de conformación del grupo que pueden adquirir los mecanismos de tutela colectiva de derechos y el derecho que en cada uno de ellos asiste a sus miembros.

En este sentido, generalmente los miembros del grupo ausentes pueden ser considerados como parte del proceso colectivo a través de dos técnicas: (i) la de opción por incluirse (*opt in*); y (ii) la de opción por excluirse (*opt out*). Cada una de esas técnicas tiene sus ventajas y desventajas.

En el caso de la técnica de opción por incluirse solo serán consideradas como parte del proceso (y, por tanto, vinculadas por la cosa juzgada de los efectos de la sentencia colectiva) aquellas personas que soliciten expresamente su inclusión como parte del grupo definido por el actor en su demanda.

Esta técnica tiene la ventaja de incluir en el grupo solo a quienes realmente se encuentran interesados en participar del litigio colectivo, respetando a ultranza su autonomía personal. Como contrapartida, su implementación implica el riesgo de excluir de los beneficios ofrecidos por la tutela colectiva a un gran número de miembros que por falta de conocimiento, temor a represalias u otros motivos, no soliciten o no puedan solicitar su inclusión en el grupo.

Por el contrario, a través de la técnica de optar por excluirse se presume que los miembros del grupo desean formar parte del litigio colectivo, condicionando su exclusión a una manifestación expresa en tal sentido.

Este tipo de sistema implica naturalmente la posibilidad de que un miembro del grupo que ni siquiera tiene conocimiento de la existencia del proceso colectivo pueda resultar afectado adversamente por la cosa juzgada de la sentencia. Sin embargo, la presunción de que los sujetos perjudicados tienen interés en “participar” del proceso es mucho más eficaz para la solución del conflicto, ya que la inercia opera para ampliar el número de la clase abarcada por la tutela colectiva.

Es por ello que la tendencia general –y sin dudas la más conveniente por permitir avanzar con plenitud las finalidades de este tipo de proce-



sos– es regular los procesos colectivos presumiendo la representación de todos los miembros del grupo ausentes, salvo aquellos que expresamente manifiesten su deseo de excluirse del grupo (sistema de *opt out*).

Este derecho de optar por excluirse del proceso colectivo debe ser entendido como una concesión a la autonomía individual de los miembros del grupo, pero cabe realizar una salvedad al respecto. Sucede que en los sistemas donde se plantean categorías de derechos subjetivos colectivos (difusos, individuales homogéneos, colectivos, etc.), el derecho a optar por excluirse resulta inviable cuando se debaten situaciones estructuralmente indivisibles. Esto sucede porque el remedio a obtener del Poder Judicial será único y no hay manera de resolver el asunto para unos sin hacerlo para todos al mismo tiempo<sup>403</sup>.

### **7.3. Vinculación entre el sistema de cosa juzgada y el modo de regular otros institutos procesales**

Se sostiene comúnmente que las reglas de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos representan las dos caras de la misma moneda y guardan una íntima vinculación sistémica. Atrás de cada una de ellas está la necesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes.

Para comprender el fenómeno resulta de gran utilidad la explicación de Gidi, quien sostiene que si bien la cuestión de la legitimación colectiva precede temporalmente al problema de la cosa juzgada en el curso del litigio, para el legislador esto último debería ser la primera cuestión a resolver.

Ello así en tanto para saber a quién y cómo el sistema procesal permitirá traer a discusión conflictos colectivos, primero debe tomarse una relevante decisión de política pública sobre qué tipo de alcance tendrá la sentencia a dictarse con motivo de la actuación de ese legitimado colectivo.

Hay muchas bases para identificar un representante colectivo para los intereses del grupo. Según vimos, la ley puede acordar ese derecho a un individuo particular miembro del grupo afectado, organizaciones intermedias de distinto tipo que se encuentren o no previamente au-

<sup>403</sup> SALGADO, J. M., *Certificación, notificaciones, pedido de exclusión y pretensión colectiva pasiva*, en SALGADO, J. M., (Director), *Procesos Colectivos y Acciones de Clase*, Ed. Catedra Jurídica, CABA (2014), p. 300, p. 297.

torizadas por el Estado, por el juez o por sus miembros (asociaciones, fundaciones, sindicatos, sociedades civiles, entre otras) y el propio Estado a través de órganos o funcionarios públicos, el *ombudsman*, Ministerio Público, entre otros.

Qué y cómo se le exija cumplir a ese representante al inicio y durante todo el trámite del proceso dependerá en gran medida, en definitiva, del impacto final que puede tener su actuación. A mayor estrictez en la solución que brinde el sistema de cosa juzgada (como es el sistema *pro et contra*), mayores serán los reaseguros procesales que deben establecerse para cuidar el debido proceso legal y la autonomía individual de los miembros del grupo ausentes en el debate.

Por el contrario, si la solución del sistema de cosa juzgada es más laxa (como podría argumentarse respecto de aquellos *secundum eventum litis*), también podrá ser menos estricta la regulación procesal y las exigencias sobre el legitimado, puesto que el eventual impacto de esa decisión en la esfera individual de los miembros del grupo ausentes en el debate no resultará tan grave<sup>404</sup>.

En este orden de ideas, debe tenerse presente que el sistema de cosa juzgada tiene especiales implicancias sobre el modo de regular, interpretar y controlar durante el proceso la representatividad adecuada, así como también sobre el tipo y alcance de las notificaciones dirigidas a los miembros ausentes del grupo y el reconocimiento de su derecho a optar por excluirse del proceso.

En efecto, aquellas legislaciones que adopten un sistema de cosa juzgada *pro et contra* tenderán a regular con mayor énfasis estos institutos, mientras que las que establezcan un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis* tenderán a proyectar una regulación menos estricta.

Lo mismo sucede con el derecho de optar por excluirse del proceso colectivo. Un derecho que –al menos en principio– solo tiene algún sentido en los sistemas de cosa juzgada *pro et contra*, ya que en los demás las acciones individuales, como regla, se mantienen vigentes aun si el legitimado colectivo es vencido en su pretensión<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> El modo en que se plantea esta cuestión es una simplificación. El tema admite variables de distinto orden y una discusión más profunda que no es posible desarrollar aquí.

<sup>405</sup> SALGADO, J.M., *Certificación, notificaciones, pedido de exclusión y pretensión colectiva pasiva*, en SALGADO, J.M. (Director), *Procesos Colectivos y Acciones de Clase*, Ed. Cathedra Jurídica, CABA (2014), p. 300.

Lo que se debería procurar es buscar un equilibrio que permita, por un lado, obtener un adecuado enjuiciamiento colectivo del conflicto que maximice la economía de conocimiento y recursos y concluya con una decisión que alcance a la mayor cantidad de personas posibles con cualidad de cosa juzgada (logrando así cumplir acabadamente las finalidades de los procesos colectivos) y, por el otro, respetar las garantías de debido proceso y autonomía individual de los miembros ausentes que se ponen en riesgo debido al procesamiento colectivo del conflicto a través de un legitimado a quien –recordemos– tales personas no le dieron autorización expresa para actuar en su nombre.

## VIII. EFECTIVIDAD DE LA TUTELA COLECTIVA

### 8.1. Medidas cautelares

En este campo debemos tener presente ante todo que la noción de “efectividad” que surge del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *“requiere que las herramientas judiciales disponibles, incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares”*<sup>406</sup>.

Partiendo de esta premisa, encontramos en la tutela cautelar uno de los espacios que mayor compromiso y actitud proactiva demandan de los jueces en el marco de procesos colectivos. Sucede que aun cuando los lineamientos estructurales de la teoría cautelar permanecen vigentes en este campo, el tipo de conflicto en discusión incide sobre ellos y condiciona significativamente su abordaje y tratamiento en pos de adoptar un perfil adecuado que acompañe eficazmente esta nueva dimensión procesal<sup>407</sup>.

En este sentido, si bien tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora (tradicional requisitos de procedencia de este tipo de medidas, a los cuales se suma en muchos sistemas la “no afectación grave del interés público” cuando se pretende obtenerlas contra el Estado) siguen suponiendo conceptualmente lo mismo, el tipo de conflictos a desactivar y su caracterización inciden de forma singular en su análisis y ponderación.

<sup>406</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31 (2004).

<sup>407</sup> SUCUNZA, M. A., y VERBIC, F., *Medidas cautelares en procesos colectivos: ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias*, Abeledo-Perrot N° AP/DOC/1604/2014.

Sucede que el interés público involucrado en los procesos colectivos exige enfatizar el carácter preventivo y protectorio de las medidas cautelares, particularmente, por la potencialidad del daño y la magnitud de los intereses en juego. Esto es más claro todavía cuando se trata de procesos que involucran derechos fundamentales de tutela preferente, grupos desaventajados de personas o bienes colectivos.

Igualmente, cabe analizar y ponderar con cautela la exigencia de garantías para la traba de medidas consideradas procedentes. Si se trata de medidas cautelares urgentes y protectorias, sería conveniente no requerir caución alguna, pues la verosimilitud de que exista amenaza o trasgresión de un derecho colectivo, sumado a la acreditación de la necesidad imperiosa de que se modifique –o mantenga, en su caso– la situación para evitar concretos perjuicios, daría suficientes razones para que el Estado, a través del juez de la causa, tutele inmediatamente la situación sin presentar obstáculos que pudieran impedirlo.

Por otro lado, puede observarse en la práctica cómo la complejidad y novedad que asumen muchos de los conflictos colectivos litigados antes los tribunales de la región exigen acentuar la libertad de formas y el alcance de las medidas tradicionalmente receptadas en los códigos procesales. Ello así, puesto que las típicas medidas cautelares asegurativas se muestran muchas veces como un instrumento abiertamente insuficiente para proveer de una tutela efectiva y oportuna a los derechos del grupo.

Esa necesaria flexibilización y mayor libertad en el diseño de las mandas cautelares puede exigir en ciertos casos verdaderas obras de ingeniería, con órdenes complejas, complementarias (por ejemplo, de entrega de información pública), y sucesivas. Todo esto, desde ya, tiene como correlato un deber calificado de ponderación por parte del juez para garantizar la razonabilidad de tales medidas, tanto en lo que hace a su alcance como a su potencial incidencia sobre las partes del proceso y terceros ajenos al mismo.

Otras dos cuestiones a considerar, estrechamente vinculadas con la capacidad real del órgano judicial para evaluar y medir la proporcionalidad, utilidad, y razonabilidad de las mandas cautelares en este campo, son: (i) la posibilidad de implementar previamente al dictado de la medida una etapa probatoria sumaria, aun de oficio por parte del Juez, donde incluso pueda alterarse o relativizarse la carga de la prueba bajo ciertas condiciones cuando las circunstancias del caso lo ameriten; y (ii) la sustanciación, aunque sea también sumaria, de

la pretensión cautelar antes de proceder a su resolución. Esta última alternativa de escuchar a la contraparte antes de decidir sobre la procedencia de la medida cautelar rompe con la tradicional regla en la materia. Sin embargo, ya se encuentra prevista en distintos ordenamientos procesales nacionales y locales en diversos países de la región, especialmente para casos donde está involucrado el Estado.

Otro fenómeno, que merece atención en este campo, es el uso cada vez más asiduo de las medidas cautelares genéricas, de innovar o no innovar y de cautelares materiales que implican el adelantamiento total o parcial de la pretensión de fondo a título cautelar. Sucede que en muchos de los conflictos donde se procura proteger un determinado bien o derecho colectivo, esta clase de medidas no solo serán las más adecuadas sino –en ocasiones– las únicas con chances reales de garantizar la tutela pretendida.

En atención a la relevancia que tienen este tipo de medidas al alterar el marco del proceso de conocimiento como tradicionalmente lo conocemos, estas medidas deberían ser otorgadas en forma restringida y excepcional en casos de urgencia impostergable y amenaza concreta de daño irreparable, supuestos estos generalmente vinculados con ciertos bienes y derechos fundamentales como el medio ambiente, la salud, la vida, y el acceso a servicios públicos esenciales; entre otros.

Por cierto, esta es la postura que asume el Código Modelo cuando dispone en su art. 5, apartado II, Par. 1º, que el dictado de tales medidas no procederá *“si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante”*.

Por último, pero no por eso menos importante, resulta evidente que en este tipo de procesos el dictado de medidas cautelares cuyo impacto excede hondamente la situación individual de determinada persona, exige un mayor deber de motivación por parte del juez para sostener y dotar de legitimidad las resoluciones que se adopten.

Habida cuenta el interés público siempre involucrado en estos asuntos, ese deber de motivación calificado tiene que estar orientado a permitir –ya no solo a las partes sino a la sociedad toda– la posibilidad de comprender en forma clara y precisa cada uno de los argumentos que concurren para justificar las restricciones directas e indirectas de derechos que estas medidas cautelares suponen.

En este sentido no debemos olvidar que los procesos colectivos han acrecentado –o cuanto menos tienen el poder de hacerlo– las tensiones entre la administración pública y el Poder Judicial, así como también entre el Poder Judicial y distintos grupos de poder del mercado<sup>408</sup>. Contemplar esta realidad a la hora de definir el alcance de las medidas y de presentar acabadamente las razones que llevan a su dictado, tiene directa incidencia sobre la efectiva instrumentación y viabilidad de cada manda en cuestión.

## **8.2. Liquidación y ejecución de sentencias**

Junto a las medidas cautelares, la liquidación y ejecución de las sentencias colectivas de condena configuran otro de los pilares centrales en los cuales se apoya cualquier sistema de tutela colectiva efectivo. En este campo, tanto las decisiones de tipo estructural como aquellas que condenan al pago de indemnizaciones o restitución de dinero percibido indebidamente presentan particularidades y desafíos muy diferentes de aquellos con los cuales se enfrentan los operadores ante sentencias de corte individual.

Ello encuentra causa, entre otras cosas, en el también diferente tipo de manda contenida en las decisiones colectivas, el grado de complejidad que involucra su ejecución o implementación y el nivel de involucramiento que tal ejecución o implementación exige de parte del Poder Judicial con respecto a la actividad cotidiana de la administración pública.

### **8.2.1. Implementación de sentencias colectivas estructurales**

Las sentencias colectivas de tipo estructural, denominadas *structural injunctions*, encuentran su origen en el derecho estadounidense. Estas decisiones son caracterizadas como un “remedio híbrido” conformado por diversas mandas y herramientas de gestión diagramadas para la implementación de la solución específica acordada al caso,

---

<sup>408</sup> Sobres este punto Berizonce ha sido muy claro al afirmar que “*el ejercicio del poder cautelar genérico así ampliado ha suscitado no solo resquemores doctrinarios, sino vivos recelos exteriorizados desde los poderes políticos del Gobierno, preocupados por el supuesto avance desmedido de los jueces, a quienes se imputa el avasallamiento de lo que consideran las potestades propias y excluyentes, sean del legislador, sean de la administración*” (BERIZONCE, R. O., *Tutela judicial efectiva y medidas de urgencia, ¿cogobierno judicial?*, en PEYRANO, J. (Director), *Medidas Cautelares*, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe (2010), p. 56).

debidamente seleccionadas y ensambladas por el juez dentro de una misma orden<sup>409</sup>.

Debemos tener presente que el principal propósito de las sentencias estructurales es alterar condiciones sociales amplias y generalizadas, principalmente –aunque no en forma exclusiva– por medio de la reforma del entramado de relaciones burocráticas e institucionales que se da al interior del Estado.

Se trata de mandas sumamente complejas que, además, generan un involucramiento profundo del Poder Judicial dentro del accionar administrativo. Este involucramiento limita la discreción del Poder Ejecutivo en muchos aspectos y –por razones bastante obvias– hace recrudescer el argumento contramayoritario que suele esgrimirse para obturar la actuación del Poder Judicial en el campo de los procesos colectivos<sup>410</sup>.

En este sentido, es importante destacar que como regla general, en este tipo de sentencias los jueces no fijan analíticamente y por anticipado todas y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo por el demandado para satisfacer la pretensión actora reconocida en la decisión. En cambio, lo que suelen hacer es indicar los resultados que la ejecución debe producir y, a todo evento, establecer los criterios generales que deben respetarse al efecto.

En este tipo de decisiones, la elección de las modalidades para conseguir la finalidad especificada en la sentencia se deja librada a la discreción del obligado, o bien del órgano que opera por cuenta del tribunal actuante y en lugar del obligado. Así, la ejecución “*pasa a constituirse en una etapa de continua relación entre el tribunal y las partes, anudándose un vínculo de supervisión a largo plazo de instrucciones fijadas en términos más o menos generales, y en última instancia, de resorte de la administración obligada, aunque en el marco de una ‘micro institucionalidad’ diseñada por aquel*”<sup>411</sup>.

<sup>409</sup> JOBIM, M. F., *Medidas Estructurantes*, Livraria do Avogado Editora, Porto Alegre (2013).

<sup>410</sup> Sobre la cuestión contramayoritaria en general he trabajado en VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2007), pp. 266-288.

<sup>411</sup> BERIZONCE, R. O., *Conflictos ambientales de interés público y principios procesales*, DJ 14/09/2011. Sobre esta idea de “micro institucionalidad”, ver LORENZETTI, R., *Justicia Colectiva*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2010), pp. 185-186. Ver también PEREIRA CAMPOS, S., *Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions*

Para poder ejecutar adecuadamente y en tiempo útil esta clase de decisiones, resulta necesario que los sistemas procesales de tutela colectiva provean al juez de herramientas muy particulares. Se trata de herramientas acordes con el nivel de complejidad que la implementación de este tipo de decisiones supone.

En estos casos puede hablarse de “implementación” de la compleja decisión tomada por el Poder Judicial, en lugar de la tradicional idea de “ejecución”. El primero de esos términos sugiere una prolongación en el tiempo, un proceso. Esto refleja mejor lo que sucede en la realidad, donde la sentencia colectiva de tipo estructural da comienzo a un nuevo proceso que inicia cuando termina la discusión que derivó en su dictado.

Implementar de manera oportuna, eficiente, y efectiva este tipo de decisiones es algo difícil de lograr sin herramientas adecuadas; e incluso con esas herramientas disponibles. Ello responde en gran medida a la complejidad del conflicto ventilado, el cual responde a su turno a la complejidad de la sociedad contemporánea y de los entramados institucionales que la componen, sus redes e intercomunicación, la velocidad en la transferencia de datos, la movilidad de personas, las recurrentes crisis económicas, y la ausencia de recursos públicos para enfrentar todas las necesidades; entre otros factores que hacen de la sociedad de hoy un espacio de relaciones extremadamente intrincado. Podemos afirmar que una adecuada implementación de esta clase de decisiones no puede escapar de dicha complejidad porque ellas nacen y se desarrollan en ese mismo contexto.

De este modo, la necesidad de innovar en este campo frente a las tradicionales herramientas del juez para ejecutar sentencias individuales, responde a tres características definitorias de las sentencias estructurales: (i) la complejidad que asumen las mandas allí contenidas; (ii) la continuidad en el tiempo que supone su ejecución; y (iii) la posibilidad de alteración de su contenido durante el trámite de implementación en función de la adecuada satisfacción de los derechos comprometidos. Todo esto hace que el ejercicio de un importante margen de discreción judicial sea imposible de evitar si es que se quiere obtener una decisión eficaz.

---

en América”, en OTEIZA, E. (Coordinador), *Procesos Colectivos. Class Actions*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2012), pp. 203, 231-232, 240-242.



En otro orden, además de las limitaciones procedimentales derivadas de la falta de normas adecuadas, debemos tener presente que dentro de este marco procesal el límite de los poderes de actuación del Poder Judicial frente a la administración pública constituye una de las dificultades más relevantes que conspiran contra la efectiva ejecución de las sentencias colectivas de tipo estructural.

Nos referimos a una dificultad de índole netamente política, la cual puede ser analizada y sopesada partiendo de diversos enfoques. Dos de ellos nos interesa remarcar especialmente. El primero es, el lugar que tienen los procesos colectivos en el contexto de la dinámica de poder estatal, donde pueden actuar como complemento de las autoridades públicas pero también como desafío directo a las mismas. El segundo es, la falta de legitimidad democrática directa del Poder Judicial para actuar en el campo colectivo, ya que como regla en nuestra región sus miembros no son elegidos por sufragio popular.

¿Qué herramientas, instrumentos e institutos pueden resultar de aplicación aquí? Entre los medios utilizados para implementar estas decisiones, la legislación comparada y la experiencia jurisprudenciales nos presentan, entre otros, mecanismos de supervisión judicial continua, instrumentos para reunir información, designación de expertos para cumplir ciertas actividades de gestión de la implementación, realización de mesas de diálogo y diversos mecanismos de resolución alternativa de conflictos articulados para operar al margen del propio proceso<sup>412</sup>.

Tomando a modo de ejemplo las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en las causas *Mendoza* (a la cual ya nos hemos referido) y *Verbitsky* (sentencia estructural que condenó a la Provincia de Buenos Aires a readecuar su sistema penitenciario y sus leyes procesales penales debido a la situación en que se encontraban las personas privadas de su libertad en dicha jurisdicción)<sup>413</sup>, a continuación analizaremos con cierto detalle algunas de estas herramientas.

---

<sup>412</sup> SCHUCK, P. H., *Suing Government: Citizen Remedies for Official Wrongs*, Yale University Press, New Haven (1983), p. 151; FISS, O. M., *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London (1978). Como un ejemplo para analizar la evolución en el uso de este tipo de mandas complejas ver, SCHANGLER, M., *Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders*, New York University Law Review, Vol. 81, p. 550 (2006).

<sup>413</sup> CSJN en autos *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, sentencia del 3/5/2005, Fallos 328:1146.

### 8.2.1.1. Delegación de la ejecución en otros jueces (o funcionarios especiales)

En *Mendoza* la Corte delegó el proceso de ejecución de sentencia en un Juzgado Federal de Primera Instancia, a quien también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas de la inobservancia del programa establecido en la sentencia como objeto de cumplimiento por parte de los demandados. Tres fueron las razones que llevaron al tribunal a tomar esta decisión: (i) las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarían durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas en el programa; (ii) la necesidad de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debía manejar; y (iii) la búsqueda de un mayor grado de intermediación entre la magistratura y las partes.

Es interesante señalar que la Corte también se refirió expresamente a la importancia de evitar intromisiones e interferencias que impidan el cumplimiento del mandato e invistió al mencionado Juzgado de competencia exclusiva para intervenir en la revisión judicial de las decisiones administrativas de la Autoridad de Cuenca, un órgano interjurisdiccional creado para enfrentar el conflicto velado tras esta decisión. Por último, mediante dicha sentencia, el máximo tribunal creó también un mecanismo recursivo *ad hoc* según el cual: (i) las decisiones de la Autoridad de Cuenca son revisables ante los jueces de ejecución; y (ii) las decisiones de dichos jueces son impugnables directamente ante la CSJN por vía de recurso extraordinario federal.

Esta delegación de la ejecución de la sentencia en manos de otros jueces o bien de sujetos que operan en calidad de oficiales de la Corte (*officers of the Court* o *Special Masters*) es una práctica frecuente en los Estados Unidos de América y se encuentra en discusión en Brasil para ser implementada en una ley especial<sup>414</sup>. Dichos oficiales de la Corte son funcionarios que operan bajo la dirección del tribunal que dictó la decisión, a quien deben acudir tanto para rendir cuentas de su actuación como para obtener la remoción de cualquier

---

<sup>414</sup> El art. 19 del Proyecto sobre "Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas" habilita al juez a nombrar un "comisario, perteneciente o no a la Administración" para la "implementación y acompañamiento" de las medidas que fueran necesarias a efectos de cumplir con las obligaciones impuestas por la decisión (sea esta anticipatoria o de mérito). Este comisario puede ser una persona física o jurídica y deberá informar al juez de todo aquello que este disponga. Sus honorarios serán fijados por el juez y el pago de los mismos estará a cargo del ente público responsable del cumplimiento de la sentencia en cuestión (art. 19, parágrafo 1°).

obstáculo que encuentren en el cumplimiento de su cometido y exceda los poderes que le fueron otorgados para actuar<sup>415</sup>.

Si bien resulta un recurso de carácter excepcional<sup>416</sup>, la utilización de estos auxiliares aparea importantes ventajas para los magistrados ya que –sin perder el poder de dirección y control sobre el asunto– impide que su tarea cotidiana resulte absorbida por la gestión que exige el cumplimiento de la decisión<sup>417</sup>.

También cabe destacar que aun cuando en los Estados Unidos la figura nació como una creación jurisprudencial, luego fue positivizada en la FRCP 53 gracias a la reforma del año 2003. Allí se prevé la facultad de las Cortes de designar un *master* en diversas situaciones, entre las cuales se contempla la necesidad de atender procedimientos anteriores o posteriores al juicio cuando el tribunal u otros jueces de la jurisdicción no puedan hacerlo con eficacia y en tiempo adecuado<sup>418</sup>.

Entre las tareas que han sido encargadas a la figura durante la etapa posterior al juicio –que son las que nos interesan en el contexto de la implementación de sentencias estructurales– se destacan las negociaciones de acuerdos conciliatorios, la realización de investigaciones y la administración de organizaciones<sup>419</sup>. Este último rol es particularmente recomendado cuando el caso involucra una orden compleja y

<sup>415</sup> TARUFFO, M., *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, UTET, Torino (1990), Tomo VI, p. 392.

<sup>416</sup> *Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*.

<sup>417</sup> Tan es así que algunos han considerado la designación de este tipo de funcionarios como un verdadero mecanismo para “crear tiempo judicial” (en este sentido, BRAZIL, W. D.; - HAZARD, G. C. Jr., y RICE, P. R., *Managing Complex Litigation: A Practical Guide to the Use of Special Masters*, American Bar Foundation, Chicago (1983), Introduction).

<sup>418</sup> FRCP 53(a)(1); FRCP 53(a)(1)(C). Si bien las partes pueden sugerir candidatos para ocupar el rol de *master* u oficial de la Corte, el sujeto propuesto en tal carácter no debe tener relación con aquellas con entidad capaz de descalificarlo como juez (así como tampoco con los abogados, el proceso y los jueces intervinientes) [FRCP 53(b)(1); FRCP 53(a)(2)].

<sup>419</sup> Algunos consideran que los *post-trial masters* pueden dividirse en tres categorías según la función para la cual sean designados: (i) recomendar medidas a tomar luego de encontrar acreditada la responsabilidad del demandado; (ii) monitorear el cumplimiento de las órdenes del tribunal; y (iii) evaluar y administrar peticiones relativas al caso (FELLOWS, M. A., y HAYDOCK, R. S., *Federal Court Special Masters: a Vital Resource in the Era of Complex Litigation*, William Mitchell Law Review, Vol. 31:3, pp. 1269 y ss., pp. 1278-1279, disponible en <http://www.courtappointedmasters.org/> (última visita el 2/1/17).

la parte obligada a su cumplimiento ha demostrado ser reticente en su cumplimiento<sup>420</sup>.

En cuanto a la modalidad de actuación, salvo que la providencia de designación establezca lo contrario, el *master* se encuentra investido de competencia suficiente para regular los procedimientos y tomar todas las medidas que estime necesarias a efectos de cumplir justa y eficientemente los deberes encomendados. El límite de tales poderes está en las sanciones por *contempt of court* (desobediencia al tribunal), ya que el auxiliar del juez no cuenta con imperio para imponerlas y debe limitarse a sugerir tal proceder al juez de la causa<sup>421</sup>.

A efectos de permitir el mejor cumplimiento de sus funciones y dotar de mayor flexibilidad a la figura, la norma determina que la providencia de designación –cuyo contenido, a su turno, establece detalladamente en el apartado (b)(2)– puede ser modificada en cualquier momento, previa notificación y oportunidad de audiencia para las partes<sup>422</sup>. Una vez puesto en funciones, para lo cual debe prestar su consentimiento, el sujeto designado asume los deberes y las obligaciones propias de un oficial del juzgado y queda sujeto a iguales estándares éticos que los jueces.

En caso que el tribunal lo estime necesario, este funcionario deberá presentar informes sobre su actuación en el modo y con la periodicidad que fuera establecido en la providencia de designación. A su turno, las partes pueden objetar la conducta de la figura ante el juez de la causa, quien se encuentra habilitado para confirmar, modificar, revocar, o bien reenviar con instrucciones a fin de que aquella actúe en consecuencia<sup>423</sup>.

Como puede observarse, se trata de una herramienta sumamente interesante para enfrentar los problemas que encuentran los jueces a la hora de dotar de efectividad a las sentencias estructurales. De todas maneras, hay ciertas cuestiones que deben ser también tenidas en cuenta para evitar otro tipo de problemas.

---

<sup>420</sup> Estos ejemplos son señalados como “familiares” por el Comité que reformó la norma en el año 2003. La recomendación de utilizar la figura para efectivizar *complex decrees* también fue tomada de las notas (ver *Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*).

<sup>421</sup> FRCP 53(c).

<sup>422</sup> FRCP 53(b)(4).

<sup>423</sup> FRCP 53(f); FRCP 53(g)(1) y (g)(2).

En este orden, debería ponerse especial énfasis en generar suficiente intermediación entre el funcionario designado y las partes. Igualmente, no debería olvidarse que los tribunales pueden delegar funciones pero no responsabilidad y, por tanto, resulta indispensable que junto con la delegación se prevean mecanismos de supervisión y control adecuados a manos del responsable primario de que la sentencia sea cumplida (esto es, el tribunal que la dictó)<sup>424</sup>.

Otra variable a considerar son los costos que insumiría la intervención de un nuevo sujeto en el proceso<sup>425</sup>. Respecto de este punto, estimo que el Estado podría estar en condiciones de subsidiar la intervención de un *master* mediante la reinversión de una parte de los recursos que se ahorran en el sistema gracias al tratamiento colectivo del asunto. Asimismo, podrían utilizarse los fondos especiales que algunas legislaciones (como las de Argentina y Colombia) ya prevén en el campo de la tutela colectiva.

### 8.2.1.2. *Astreintes* y contempt of court

La aplicación de multas como mecanismo para obtener el cumplimiento de una decisión judicial es una herramienta bien conocida en la región. Estas multas encuentran su origen en el derecho francés y han sido receptadas por la mayoría de los ordenamientos procesales. En general, se trata de condenas accesorias, condicionales y discrecionales impuestas por el juez a efectos de conminar al deudor a cumplir con lo ordenado en su decisión. De tal modo, sirven para proteger tanto el interés público por el respeto debido a la autoridad de los magistrados, como el interés privado del interesado en el cumplimiento de la prestación<sup>426</sup>.

<sup>424</sup> La experiencia de la causa *Mendoza*, que terminó en la separación del juez de la ejecución y una investigación en curso por sospechas de corrupción, no debe ser olvidada.

<sup>425</sup> Este es un aspecto especialmente considerado en el sistema estadounidense. Allí, a la hora de decidir sobre la designación de la figura, se le exige al juez tomar en consideración los costos involucrados en su actuación ya que el tribunal debe proteger a las partes contra los gastos irrazonables y las demoras en la tramitación del pleito que pudieran suscitarse con motivo del nombramiento del *master* [FRCP 53(a)(3)].

<sup>426</sup> STORME, M., *L' 'astreinte' nel diritto belga: sei anni di applicazione*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. (1986), pp. 602 y ss.; GONCALVES TESSLER, L., *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2004), pp. 375-381; MARINONI, L. G., *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, 3ª edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2003), p. 114-119, 139-145, 208 y ss.

En lo que aquí especialmente nos interesa, las astreintes fueron utilizadas por la Corte argentina en el contexto de la sentencia estructural dictada en la causa *Mendoza*. Hay dos cuestiones para destacar sobre esta experiencia y el modo en que se produjo su utilización.

La primera de ellas es que fueron impuestas a modo eventual en la propia decisión de mérito sobre el asunto, a pesar de que por lo general su aplicación se produce recién después de haberse verificado algún incumplimiento.

La segunda es que tales multas no fueron impuestas al Estado en cuanto tal, sino específicamente en cabeza del funcionario responsable del órgano obligado a cumplir (esto es, el presidente de la Autoridad de Cuenca). Esta modalidad de imposición personal de las multas se encuentra en pleno debate en Argentina, donde la reciente Ley N° 26.854 de medidas cautelares contra el Estado estableció en su art. 9 que los jueces no podrán "*imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias*".

En Brasil, estas sanciones pecuniarias han jugado tradicionalmente un papel importantísimo en materia ambiental para presionar al deudor a cumplir con el mandato contenido en la sentencia<sup>427</sup>. Allí también se encuentra en discusión el tema. El proyecto sobre principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas al que hemos hecho alguna referencia ya, establece en su art. 21 que en caso de incumplimiento de la sentencia, los funcionarios responsables podrán ser condenados solidariamente con el Estado a pagar las multas coercitivas previstas en el Código de Proceso Civil (sin perjuicio de otras responsabilidades)<sup>428</sup>.

La norma proyectada es terminante en el sentido que, una vez que el juez decide aplicarlas, las multas deben ser impuestas en forma personal. No obstante, parecería conveniente dejar en manos del juez cierto margen de discreción a fin de evaluar si el incumplimiento obedece a un capricho del funcionario o a razones que escapan a su poder de decisión. De darse este último supuesto, no parece sensato

---

<sup>427</sup> Cf. GONCALVES TESSLER, L., *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2004), pp. 375-381; MARINONI, L. G., *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, 3ª edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2003), p. 114-119, 139-145, 208 y ss.

<sup>428</sup> Proyecto de Ley N° 8.058 (2014), Diputado Sr. Paulo Teixeira.

que las multas deban imponerse en cabeza de quien, por más que quiera, no puede cumplir con lo que se le está requiriendo<sup>429</sup>.

Por último, hay que considerar que esta clase de medidas coercitivas encuentra también antecedentes de interés en el sistema federal estadounidense, el cual habilita la aplicación de multas en dinero y/o el encarcelamiento del demandado por encontrarse incurso en la figura del *contempt of court* (que en sede civil asume el nombre de *civil contempt*). En el campo de litigios de reforma estructural, la utilización de este instituto obedece en gran medida a dos motivos.

Por un lado, a la imposibilidad de crear un repertorio completo de medios de ejecución directa (lo cual –a su turno– se explica por la gran variedad de formas que pueden asumir las *structural injunctions*)<sup>430</sup>. Por otro lado, al hecho de ser considerado como el instrumento más adecuado para garantizar el cumplimiento de los llamados *non-monetary judgments* (esto es, sentencias de contenido no patrimonial)<sup>431</sup>.

Con respecto al encarcelamiento por desobediencia al tribunal (face-ta “penal” del instituto), vale destacar que no configura una pena sino una medida de coerción<sup>432</sup>. Se considera que el sujeto está bajo el poder disciplinario del juez, quien ejecuta por sí y ante sí la sanción que estima razonable para constreñir al cumplimiento de sus decisiones<sup>433</sup>. No se encarcela al deudor por el solo hecho de incumplir, sino por contravenir las órdenes del tribunal. En virtud de ello, se sostiene que la parte carga en su propio bolsillo las llaves de la prisión, toda vez que el cumplimiento de lo ordenado purga la situación y resulta en su inmediata liberación<sup>434</sup>.

<sup>429</sup> Cf. BERIZONCE, R. O., y VERBIC, F., *Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)*, L. L. del 4/7/13.

<sup>430</sup> TARUFFO, M., *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. (1988), pp. 142 y ss.

<sup>431</sup> SILVESTRI, E., *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Riv. Dir. Civ. (1988), pp. 539 y ss.

<sup>432</sup> Especialmente en esta faceta de tipo represiva, el mecanismo cumple una doble función desalentadora de conductas ilícitas en la medida que influye sobre la conducta del deudor y sobre el resto de la sociedad (*specific y general deterrence*, en palabras de FISS, O. M., *The Civil Right Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London (1978), p. 34-35).

<sup>433</sup> COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, reimpresión, Ed. Depalma, Buenos Aires (1997), pp. 463-464.

<sup>434</sup> BURNHAM, W., *Introduction to the law and legal system of the United States*, West. Publishing Co., St. Paul, Minnesota (1995), p. 254; ver también FISS, O. M., *The Civil Right Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London (1978), p. 34.

En Argentina hay un mecanismo similar utilizado por los tribunales con cierta regularidad y que tiende a generar presión en igual sentido: el envío de los antecedentes a la justicia penal para que evalúe la posible comisión del delito de desobediencia<sup>435</sup>. Existen, sin embargo, grandes diferencias con la figura del *contempt of court*.

Entre estas se destacan las siguientes: (i) el instituto estadounidense no requiere la intervención de otro juez, ya que se considera un poder implícito en la función jurisdiccional de todos los magistrados; y (ii) como ya señalamos, en el sistema estadounidense el cumplimiento purga la situación y dispara la inmediata liberación del incumplidor –lo cual no sucede en caso de configurarse el delito penal en Argentina–.

### 8.2.1.3. Mecanismos de control y participación ciudadana

Junto a la mencionada delegación de competencias en pos de lograr una mayor eficiencia en la ejecución de la sentencia, la Corte Suprema Argentina estableció en *Mendoza* un sistema de monitoreo y control sobre la implementación de la decisión con base en dos pilares fundamentales.

Por un lado, el tribunal designó a un organismo público (la Auditoría General de la Nación) a fin de controlar específicamente la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de todo lo que tuviera que ver con el programa a cumplir. Asimismo, autorizó al juez de la ejecución para presentar todos los cuestionamientos que considere necesarios con relación al control presupuestario y a su ejecución.

Por el otro, con el declarado objeto de fortalecer la participación ciudadana en este proceso, el tribunal confirió al Defensor del Pueblo de la Nación el carácter de coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las diversas ONGs presentadas como terceros en la causa. Este cuerpo tiene por objeto: (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información actualizada; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro del propósito encomendado.

---

<sup>435</sup> Art. 239 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.



A esta altura de los tiempos, es fundamental contar con una participación más intensa de los ciudadanos a fin de obtener una mejor gestión de la cosa pública, lo cual dispara inmediatamente la necesidad de pensar en instrumentos adecuados que habiliten tal participación. Esto es especialmente importante en el seno de un Poder Judicial que tradicionalmente ha sido visto como un escenario ajeno a este fenómeno<sup>436</sup>.

Los procesos colectivos tienen la capacidad necesaria para generar –aun en ausencia de normas claras de debate como sucede en nuestra región– un espacio de resonancia social propicio para el desarrollo de la participación ciudadana en el procedimiento de toma de decisiones públicas<sup>437</sup>. Incorporar a la ciudadanía para que colabore en el control de decisiones estructurales que atañen directa o indirectamente a su vida cotidiana, puede ser un buen recurso para dotar a las mismas de mayor legitimidad política frente a la sociedad.

#### 8.2.1.4. Mesas de diálogo

Al resolver la causa *Verbitsky*, entre otras cuestiones, la CSJN exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, así como también su legislación de ejecución penal y penitenciaria, para que comulguen con los estándares constitucionales e internacionales.

Evidentemente, una reforma del género mal podía ser resuelta en el marco de la propia sentencia. Las dificultades para implementar esta decisión eran profundas, ya que estaban involucradas modificaciones legislativas y administrativas que requerían la colaboración de los distintos departamentos de Estado de la Provincia de Buenos Aires.

Consciente de todo esto, la Corte ordenó al Poder Ejecutivo local que, por intermedio de su Ministerio de Justicia, *“organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como Amicus Curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables”*<sup>438</sup>.

<sup>436</sup> BERIZONCE, R. O., *La participación popular en la justicia*, J. A. 1988-III-725.

<sup>437</sup> MARINONI, L. G., *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, 3ª edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2003), p. 106.

<sup>438</sup> Considerando 26° del voto de la mayoría (luego, punto 8 de la parte dispositiva de la sentencia). Inmediatamente a continuación, al inicio del considerando 27°, la

Igualmente, requirió la elevación de informes periódicos (cada sesenta días), para evaluar los avances obtenidos en el marco de dicha mesa de diálogo. Sobre esta particular modalidad de ejecución, orientada a obtener progresos consensuados en el marco de un diálogo entre funciones de Estado, cabe tener presente lo que señala Fillipini en cuanto a que *“debe extremarse la atención sobre ese foro a fin de que su trabajo resulte productivo”*<sup>439</sup>.

### **8.2.2. Liquidación y ejecución de sentencias colectivas que condenan al pago de sumas de dinero**

Como regla, este tipo de sentencias son mucho menos complejas que las de tipo estructural. Sucede que en estos supuestos el Poder Judicial no avanza sobre otros poderes del Estado más que estableciendo su responsabilidad y ordenando la restitución o el pago de una suma de dinero a favor del grupo de personas afectadas.

No encontramos aquí, por tanto, un involucramiento fuerte del Poder Judicial en la marcha cotidiana de la administración pública (salvedad hecha del impacto económico que puede generar la condena). En consecuencia, tampoco es fuerte en este contexto de ejecución el argumento contramayoritario. Sin embargo, podemos encontrar otro tipo de problemas que son propios del contenido de la manda allí establecida y que difieren de lo que sucede con las sentencias individuales tradicionales.

Estos problemas específicos son de diverso orden. Uno de ellos deriva de la posibilidad que brinda el marco procesal colectivo para dividir el proceso de responsabilidad civil por daños y perjuicios en etapas, dictando primero una sentencia de condena genérica y dejando para una eventual etapa procesal la liquidación y ejecución de dicha con-

---

CSJN señaló que *“a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no juzgable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias”*.

<sup>439</sup> Ver la crítica realizada por dicho autor en FILLIPINI, L., *La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación*, disponible en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini\\_leonardo.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf) (última visita el 2/1/17), p. 11 (señalando que *“los ‘informes periódicos’ que la Corte pide también quedan un poco a la deriva, pues la Corte no ha especificado demasiado qué tipo de información requiere y ha dejado de algún modo librada a los actores la definición de su contenido”* y que *“ha presenciado sin mayor reacción los altibajos del trabajo de la Mesa de Diálogo. No hizo nada cuando dejó de funcionar y no hizo nada para impulsar su reactivación”*).

dena. Esto es, juzgar de manera concentrada la cuestión común y dejar para una eventual etapa las cuestiones individuales de cada uno de los miembros del grupo (tipo de daños, alcance de la indemnización, monto de la restitución).

Al no haber vulneración de la garantía del contradictorio, nada impediría que el legitimado colectivo –en la medida que sea un representante adecuado– pueda obtener una sentencia de condena genérica sobre la cuestión común a todo el grupo afectado. En este sentido, es muy relevante la experiencia generada en torno al Código de Defensa del Consumidor brasileño para los procesos en tutela de derechos individuales homogéneos<sup>440</sup>.

La liquidación y ejecución de esta condena genérica, a su turno, puede darse en forma individual o colectiva. En el primer supuesto, exigirá llevar adelante una multiplicidad de procesos individuales regulados por las pautas tradicionales de discusión, donde habrá que determinar el alcance del daño sufrido, la relación de causalidad individual y la pertenencia del reclamante al grupo afectado (beneficiado por la decisión colectiva).

Esta es la solución prevista por el Código Modelo en su art. 23, el cual dispone lo siguiente: *“Art. 23. Liquidación y ejecución individuales.- La liquidación y la ejecución de la sentencia podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados para la acción colectiva. Parágrafo único –En el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante, corresponderá a éste probar, tan solo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización”*.

En el segundo supuesto (liquidación y ejecución colectiva), las reglas tradicionales ya no bastan y es necesario que el juez utilice herramientas y procedimientos especiales que permitan efectivizar la decisión. Entre ellas cabe nuevamente mencionar las establecidas por el Código Modelo para nuestra región, aun cuando en el contexto de dicho modelo están pensadas como una solución eventual que solo será utilizada cuando, dictada la sentencia de condena colectiva, los miembros del grupo no concurren a liquidar y percibir de modo individual sus acreencias en número suficiente de acuerdo con la gravedad del daño causado.

<sup>440</sup> Art. 95 del CDC brasileño. Ver GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, UNAM, México (2004), pp. 62-63.

En esta materia se dispone allí lo siguiente: “Art. 27. *Liquidación y ejecución por los daños globalmente causados - Transcurrido el plazo de un año sin la comparecencia de los interesados en número representativo y compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 3 promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados. Parágrafo único - El valor de la indemnización será fijado en atención al daño globalmente causado, que será demostrado a través de todas las pruebas en derecho admitidas. Si fuere difícil o imposible la producción de pruebas, en razón de la extensión del daño o de su complejidad, la cuantía de la indemnización será fijada por peritaje arbitral*”.

Además de la condena genérica de responsabilidad, en el marco de un proceso colectivo, puede darse el supuesto que se dicte una sentencia de condena estableciendo –al mismo tiempo– una suma global para ser restituida o abonada a los miembros del grupo o bien determinando las acreencias individuales de los afectados. Al igual que con respecto a la sentencia de condena genérica, en estos casos la liquidación y ejecución puede darse en clave individual o colectiva.

En el primer caso (liquidación individual) aplican las reglas del proceso tradicional como ya señalamos. En el segundo, la efectivización de la decisión supone todavía una etapa (colectiva) más, para la cual es necesario echar mano a ciertas herramientas tales como:

- (i) Fondos especiales similares a los previstos en la Ley General del Ambiente argentina<sup>441</sup>, el Código Modelo<sup>442</sup> o la ley colombiana<sup>443</sup>;
- (ii) Procedimientos específicos de distribución de fondos, como los establecidos en el marco de diversos acuerdos transaccionales celebrados y homologados en causas colectivas;
- (iii) Acudir a soluciones aún más específicas como la propuesta sobre este punto por el Código Modelo, que en su art. 22 establece: “Art. 22. *Sentencia de condena.- En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados así como el deber de indemnizar.*

*Par. 1º.- Siempre que fuere posible, el juez determinará en la propia sentencia colectiva el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo.*

<sup>441</sup> Art. 34 LGA “Fondo de Compensación Ambiental”.

<sup>442</sup> Art. 8 CM “Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos”.

<sup>443</sup> Arts. 70 a 73 de la Ley N° 472/98 (Acciones populares y de grupo en Colombia).

*Par. 2º.- Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.*

*Par. 3º.- El miembro del grupo que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación”.*

Es importante subrayar que la liquidación y ejecución colectiva de la decisión (sea de condena genérica o de condena que establezca monto a abonar; en este último caso sea el monto global o individualizado), se presenta en determinadas circunstancias como la única alternativa posible.

Entre tales circunstancias, cabe mencionar los casos en que la prueba individual del daño resulta sumamente costosa, dificultosa de administrar o bien de producir por parte de los damnificados. Asimismo, los supuestos en que resulta muy difícil o imposible localizar a los miembros de la clase (ya no solo por una cuestión de costos sino porque puede desconocerse quiénes son parte de la misma).

Por último, las situaciones en que los costos que insumiría localizar a los miembros de la clase, comunicarse con ellos, evaluar la prueba que aporten y distribuir los fondos resultantes son demasiado altos y, por tal motivo, la compensación final puede convertirse en algo prácticamente simbólico cuando no antieconómico.

En el contexto de todas estas situaciones, el juez debe tener la posibilidad de liquidar colectivamente la condena y lograr una ejecución y distribución de los fondos que, siguiendo la experiencia estadounidense, puede denominarse como *fluida*.

Sea que sigamos la línea trazada por la jurisprudencia estadounidense en torno al concepto de *cy pres distribution* o *fluid recovery*, o bien que desarrollemos una línea propia en la región que responda a nuestra idiosincrasia, es fundamental que el juez cuente con la potestad de disponer discrecionalmente de la indemnización para poder invertirla de manera que beneficie –del modo más directo posible, aunque ya no sea individualmente– a los miembros del grupo afectado<sup>444</sup>.

<sup>444</sup> La Ley de Defensa del Consumidor argentina, por ejemplo, ha receptado algunas de estas cuestiones en su reforma del año 2008. En este sentido el art. 54 de la Ley

## IX. BALANCE Y PROSPECTIVA

En el contexto del derecho convencional que gobierna nuestra región, y teniendo en consideración las enormes ventajas que –según vimos– aparece un sistema adecuado de procesos colectivos, todo indica que el fenómeno debería desarrollarse con total amplitud y profundidad, sin obstáculos que impidan abordar conflictos con estos instrumentos. Sin embargo, esto no necesariamente es así en cada uno de los Estados debido a tradicionales resistencias que impiden avanzar como se debería en la regulación de la temática.

Las resistencias frente a este tipo de instrumento procesal vienen tanto del sector privado como del sector público. Sucede que aun cuando los procesos colectivos operan en muchas ocasiones como un aliado del poder público en el control de los abusos de las empresas, complementando así en gran medida el poder de policía que debe ejercer el Estado<sup>445</sup>, lo cierto es que –al mismo tiempo– funcionan también para asegurar derechos fundamentales de los ciudadanos frente al propio Estado, desafiando en tal sentido a la misma autoridad pública que debe propender a su regulación<sup>446</sup>.

Tomando en consideración lo expuesto, puede advertirse que este tipo de procesos son mucho más que una herramienta para resolver conflictos en nuestra región, erigiéndose como una relevante modalidad de empoderamiento ciudadano. El problema con ello es que al

---

N° 24.240, 3er párrafo, texto según Ley N° 26.361, dispone lo siguiente: “*Acciones de incidencia colectiva (...) Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado [fluid recovery]. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda [condena genérica con liquidación y ejecución individual]*”.

<sup>445</sup> Sobre los diversos factores que limitan los alcances del poder público para controlar de modo efectivo los poderes fácticos del mercado en el campo del consumo, espacio paradigmático del desarrollo de este tipo de procesos, ver ISSACHAROFF, S., *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience*, 34 Tex. Int'l L. J. 135.

<sup>446</sup> Una explicación muy clara de este doble rol de las acciones de clase en términos de complemento y desafío de la autoridad estatal puede verse en ISSACHAROFF, S., *Acciones de Clase y Autoridad Estatal*, RDP 2013-1.

poder, por lo general, no le gusta que lo controlen<sup>447</sup>. En este punto parecen converger el interés estatal y el lobby de las grandes corporaciones, generando resistencias que concurren contra el desarrollo del derecho en este campo<sup>448</sup>.

Más allá de eso, podemos sostener que en nuestra región es cada vez más clara la existencia y consolidación de la garantía de debido proceso legal colectivo, así como también algunos de sus contornos. En este sentido, consideramos que se trata de una garantía fundamental que, cuanto menos, exige a los Estados miembros del Sistema Interamericano:

- (i) Asegurar el efectivo acceso de la población a la discusión y solución de conflictos colectivos en sede judicial, especialmente cuando se trata de ciertos grupos sociales tradicionalmente relegados de la discusión institucional o débilmente protegidos;
- (ii) Determinar tempranamente en el proceso cuáles serán las reglas del juego a fin de que las partes puedan conocer si la discusión del conflicto se producirá en clave individual o colectiva y de que los jueces puedan tomar las medidas necesarias para asegurar la vigencia del debido proceso de todos los interesados en el litigio;
- (iii) Cuidar que más allá de la habilitación legal existente para actuar en nombre de grupos de personas (legitimación en abstracto) se configure en cada caso una representación del grupo adecuada y acorde con los intereses en disputa (legitimación en concreto), controlada y supervisada por el juez de la causa en atención a las particularidades que presentan los procesos colectivos de tipo representativo;
- (iv) Contemplar modalidades de respeto a la autonomía y debido proceso individual de las personas involucradas en tales conflictos y ausentes en el debate, sea mediante una cosa juzgada colectiva que no pueda afectarlas en caso de ser adversa a sus intereses o bien mediante el aseguramiento de condiciones de posibilidad para ejercer su derecho a excluirse del proceso;

<sup>447</sup> FOUCAULT, M., *El poder, una bestia magnífica*, Siglo XII Editores, Buenos Aires (2012).

<sup>448</sup> En términos generales al respecto, ver OTEIZA, E., *Latin America as a cultural space: Trends and tensions among Nation-States and the international community as regards reforms*, General Report, XV World Congress of Procedural Law, Istanbul, (may 2015), inédito (trabajando sobre los procesos de reforma a la justicia civil en Latinoamérica y señalando en términos generales que “*existen intereses políticos y económicos que afectan las políticas públicas en varios frentes, particularmente en lo que refiere a la justicia*”).

- (v) Lograr un debate amplio, público, robusto e informado sobre el conflicto, el cual debería incluir el análisis del impacto económico de las decisiones a tomar por el Poder Judicial;
- (vi) Establecer un contexto de discusión que (esto es esencial) debe orientarse hacia la oralidad con efectiva intermediación entre el juez, las partes, los expertos y los elementos probatorios pertinentes;
- (vii) Permitir e incentivar la amplia difusión hacia la sociedad de toda información relativa a la existencia y evolución de este tipo de procesos, a través de un lenguaje claro y sencillo, así como promover la capacitación continua de sus operadores como único modo posible de permitir un adecuado desarrollo de este instrumento procesal;
- (viii) Sancionar los abusos procesales en que pueden incurrir tales operadores;
- (ix) Asegurar la efectividad de la tutela colectiva mediante la regulación de mecanismos de incentivo adecuados, medidas cautelares, provisionales y urgentes, y también instrumentos idóneos para implementar las muchas veces complejas decisiones en que derivan este tipo de procesos.

Son numerosas las iniciativas de reforma procesal civil que se están desarrollando en nuestra región, tanto en lo que hace al proceso individual como –si bien en menor medida– en lo que respecta al proceso colectivo. En el marco del declarado objetivo del CEJA de colaborar y consolidar con tales iniciativas, es que se inscribe este trabajo.

El objetivo principal que perseguimos es avanzar hacia un proceso civil (individual y colectivo) más comprensible, ágil, eficiente, y efectivo; accesible para el ciudadano, menos costoso, y que obtenga mejores resultados que los actuales dispositivos procesales contemplados en nuestros países. Dispositivos que en el campo de la tutela colectiva continúan pivotando, en su mayoría, sobre reglas de debate pensadas hace cientos de años para resolver conflictos de otras características y proporciones.



**BIBLIOGRAFÍA**

- ABRAMOVICH, V. (2007). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 9-33.
- ABRAMOVICH, V. (2006). Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales. En V. ABRAMOVICH, A. BOVINO, & C. COURTIS, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local* (págs. 218-219). CELS.
- ABRAMOVICH, V., & PAUTASSI, L. (2010). *La mediación de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto SRL.
- AGUIRREZABAL, M. (2010). La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección al consumidor. *Revista Ius et Praxis*, 99-124.
- ALEXANDER, J. (2 de 1 de 17). *Classactionalexander.pdf*. Obtenido de Law duke edu: <http://law.duke.edu/grouplite/papers/classactionalexander.pdf>
- ARENHART, S. C. (2012). O procesos coletivo no direito brasileiro atual. En E. OTEIZA, *Procesos Colectivos. Class Actions* (págs. 479-486). Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- ARENHART, S. C. (2013). *A tutela coletiva de intereses individuais*. San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. (1984). *Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*. Temas de Direito Processual, 193.
- BARRA, R. C. (1993). *Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*. ISBN 84-470-0281-0, 2233-2258.
- BENEDETTI, M., & SÁENZ, M. J. (2016). *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- BERGALLO, P. (2005). *Justice and experimentalism: judicial remedies in public law litigation in Argentina*. SELA (pág. 44). New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository.
- BERIZONCE, R. O. (1988). *La participación popular en la justicia*. J. A., 725 y ss.

- BERIZONCE, R. O. (2008). Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Derecho Procesal*, 39.
- BERIZONCE, R. O. (2010). Tutela judicial efectiva y medidas de urgencia ¿cogobierno judicial? En J. PEYRANO, *Medidas cautelares*, Tomo I (pág. 56 y ss.). Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- BERIZONCE, R. O. (2011). Conflictos ambientales de interés público y principios procesales . DJ.
- BERIZONCE, R. O. (2011). Los conflictos de interés público. *Revista de Derecho Procesal*.
- BERIZONCE, R. O. (2013). Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática. V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal. La Plata: Asociación Argentina de Derecho Procesal.
- BERIZONCE, R. O., & VERBIC, F. (2013). Control judicial de políticas públicas. *Revista La Ley*, 778.
- BURBANK, S., FARHANG, S., & KRITZER, H. (2011). Private enforcement of statutory and administrative law in the United States. XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal. Heidelberg.
- BURNHAM, W. (1995). *Introduction to the law and legal system of the United States*. Minnesota: West Publishing Co.
- CALVO, E., & ROSBACO, F. (2003). la representatividad adecuada en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. X Jornadas Bonarense de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral, Constitucional y Administrativo. Junín.
- CAPALLI, R. B., & CONSOLO, C. (1992). Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry. 6 *Temp. Int'l & Comp. L. J.*, 217.
- CAPPELLETTI, M. (1979). Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution. 25 *Buffalo Law Review*, 643.
- CAPPELLETTI, M., & GARTH, B. (1983). El acceso a la justicia (traducción de Samuel Amaral). La Plata: Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata.
- CARRÍO, G. (1968). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- CHASE, O. G. (2002). American "exceptionalism" and comparative procedure. 50 *Am. J. Comp. L.*, 277.
- CHAYES, A. (1976). The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review* Vol. 89, 1281.

- COMGLIO, L. P., FERRI, C., & TARUFFO, M. (2006). *Lezioni sul processo civile*. Tomo I. Bologna: Ed. IlMulino.
- COUTURE, E. J. (1997). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- CRUZ, A. (2013). *Las acciones colectivas en México*. En L. GONZÁLEZ, & J. MORALES, *Acciones Colectivas. Reflexiones desde la Judicatura* (pág. 135). México: Ed. Escuela Judicial.
- CUETO RÚA, J. (1988). *Acerca del "amicus curiae"*. *Revista La Ley*, 721 y ss.
- DAMASKA, M. R. (1986). *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*. New Haven & London: Yale University Press.
- DE LOS SANTOS, M. (2005). *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*. XXIII Congreso de Derecho Procesal. Mendoza.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (1984). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- DIDIER Jr., F. (2008). *Cosa juzgada colectiva: Comentario al art. 33 del CMPC*. En A. GIDI, & E. FERRER, *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo Iberoamericano* (págs. 343-350). México: Ed. Porrúa- UNAM.
- DIDIER Jr., F. (2008). *De las acciones contra un grupo, categoría o clase. Comentario al art. 35 del CMPC*. En A. GIDI, & E. FERRER, *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo Iberoamericano* (págs. 369-377). México: Ed. Porrúa- UNAM.
- DIDIER JR., F. (2016). *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*. *RePro* N° 256, 209-218.
- DIDIER JR., F., & ZANETTI JR., H. (2014). *Curso de direito processual civil, 9ª edición, tomo IV Processo Coletivo*. Salvador de Bahía: Editora Jus Podivm.
- DO PASSO CABRAL, A. (2007). *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. *RePro* N° 147, 123-146.
- DO PASSO CABRAL, A. (2015). *Il procedimento-modello (Musterverfahren) tedesco e gli strumenti di risoluzione di processi ripetitivi*. *Revista de Processo Comparado* N°1, 45-61.

- DUCE, M., MARÍN, F., & RIEGO, C. (2011). Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información. En S. PEREIRA, *Modernización de la justicia civil* (pág. 178). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- ELY, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza*. Santa Fe de Bogotá: Ed. Siglo del Hombre.
- FEDERAL JUDICIAL CENTER. (2004). *Manual for complex litigation*. Commerce Clearing House, 2-711.
- FELLIPINI, L. (02 de enero de 2017). Documentos: Cels ORG. Obtenido de Cels ORG: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini\\_leonardo.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf)
- FISS, O. M. (1978). *The civil right injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press.
- FISS, O. M. (2004). As formas de justicia . En O. M. FISS, *Um novo processo civil* (traducción de Godinho, D. P; Medeiros, M.) (pág. 64). San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- FISS, O. M., & BRONSTEEN, J. (s.f.). The class action rule. *Notre Dame L. Rev.* Vol 78:5, 1423.
- FLEMING, J., HAZARD G., & LEUBSDORF, J. (2001). *Civil procedure* (fifth edition). New York: Foundation Press.
- FOUCAULT, M. (2013). *El poder, una bestia magnífica*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- FRIEDHENTAL, J., KANE, M., & MILLER, A. (1985). *Civil procedure*. Minnesota: Ed. West Publishing Co.
- GARGARELLA, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. España: Ed. Ariel.
- GARGARELLA, R. (1997). la dificultad de defender el control judicial de las leyes. *ISONOMÍA* N° 6.
- GARGARELLA, R. (2004). *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Ed. Capital Intelectual.
- GARGARELLA, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid: Katz Editores.
- GARGARELLA, R. (2014). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Ediciones Siglo XXI.

- GÉLINAS, F., & CAMION, C. (2014). Efficiency and values in the Constitution of Civil Procedure. *Int'l Journal of Procedural Law*, 202-216.
- GELLI, M. A. (2003). Las fuentes del 'poder' de la Corte Suprema. *Revista La Ley*, 1317 y ss.
- GIANNINI, L. J. (2005). Fundamentos de la tutela colectiva de los derechos. XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Mendoza.
- GIANNINI, L. J. (2007). La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos. La Plata: Librería Editora Platense.
- GIDI, A. (2003). Class actions in Brazil. A model for civil law countries. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 51, Nº 2.
- GIDI, A. (2003). Las acciones colectivas en Estados Unidos. En A. GIDI, & E. FERRER, *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada*. México: Editorial Porrúa.
- GIDI, A. (2004). Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. México: UNAM.
- GIDI, A. (2007). A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. *Revista dos Tribunais*, 17.
- GIUSSANI, A. (1996). *Studi sulle class actions*. Padova: CEDAM.
- GONCALVES, L. (2004). *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*. San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- GONZÁLEZ, P., REYES, N., & ZÚÑIGA, M. (2016). La doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- GUAYACÁN, J. C. (2005). La acción popular , la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica . *Revista de Derecho Privado* Nº 9, 35-56.
- GUAYACÁN, J. C. (2013). Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano . Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- HAZARD, G. C., & TARUFFO, M. (1993). *American civil procedure*. New Haven: Yale University Press.

- HENSELER, D. R. (s.f.). Revisiting the monster: New myths and realities of class actions and other large scale litigation. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 179.
- HENSLER, D. R. (2000). *Class action dilemmas: Pursuing public goals for private gain*. California: RAND Institute.
- HOLMES, S., & SUNSTEIN, C. R. (2012). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- HOYOS, A. (1996). *El debido proceso*. Bogotá: Ed. Temis.
- ISSACHAROFF, S. (2013). Acciones de clase y autoridad estatal. *Revista de Derecho Procesal*.
- ISSACHAROFF, S. (2012). Fairness in aggregation. *9 US-China L. Rev.*, 477 y ss.
- ISSACHAROFF, S. (2014). *Principios del derecho de los procesos colectivos*. México: Ed. UNAM.
- ISSACHAROFF, S. (s.f.). Group litigation of consumer claims: lessons from the U.S. experience. *34 Tex. Int'l L. J.*, 135 y ss.
- JOBIM, M. F. (2013). *Medidas estruturantes*. Porto Alegre: Livraria do Avogado Editora.
- KALAFATICH, C., & VERBIC, F. (2015). La notificación adecuada en los procesos colectivos. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* N<sup>o</sup> 274, 1390-1395.
- KLONOFF, R., & BILICH, E. K. (2000). *Class actions and other multi-party litigation: Cases and materials*. West Group.
- KUMM, M. (2010). The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of right-based proportionality review. *4 Law & Ethics Hum. Rts.* 140, 144.
- LINDBLOM, P. H., & NORDH, R. (2003). La ley sueca de procedimientos de grupo. En A. GIDI, & E. FERRER, *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada* (pág. 96). México: Ed. Porrúa.
- LOMBARDO, L. (2002). Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. *Riv. Dir. Proc.*, 1083 y ss.
- LORENZETTI, R. (2010). *Justicia colectiva*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.

- MARCUS, R. (2005). Putting american procedure exceptionalism into a globalized contex. 53 Am. J. Comp. L., 709.
- MARINONI, L. (2003). Tutela inibitória. San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- MC GOVERN, F. E. (1986). Toward a functional approach for managing complex litigation. 53 U. Chi. L. Rev., 440.
- MCNALLY, W., & COTTON, B. (2003). Guiding principles regarding the Constitution of a representative defendant class in a class action proceeding. *Advoc. Q.*, 27, 110 y ss.
- MERCADER, A. A. (1939). Poderes de la nación y de las provincias para instituir norma de procedimiento. Buenos Aires: Ed. Jurídica Argentina.
- MERRYMAN, J. H. (1ª reimpresión 1979). La tradición jurídica romano-canónica. México: Fondo de Cultura de México.
- MORABITO, V. (2004). Defendant class actions and the right to opt out: lessons for Canada from the United States. *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 14, 197 y ss.
- MORELLO, A., & VALLEFÍN, C. (2004). El amparo. Régimen procesal (5ª edición). La Plata: Ed. Librería Editora Platense.
- MORELLO, A., HITTERS, J., & BERIZONCE, R. (1982). La defensa de los intereses difusos. *J. A.*, 700.
- MULLENIX, L. S. (2001). Lessons from abroad: complexity and convergence. 46 *Vill. L. Rev.* 1.
- NÁPOLI, A., & VEZZUELA, J. (2007 ). El amicus curiae en las causas ambientales. *Lexis Nexis*, 1.
- NÁPOLI, A., & VEZZUELA, J. (2004). La Corte Supre de Justicia abre paso a los amicus curiae. *Revista La Ley*, 75 y ss.
- NINO, C. S. (1997). La Constitución en la democracia deliberativa. Barcelona: Ed. Gedisa.
- NINO, C. S. (2000). Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- OSTOLAZA, Y., & HARTMANN, M. (s.f.). Overview of multidistrict litigation rules at the state and federal level. 26 *Rev. Lit.*, 47.
- OTEIZA, E. (2006). La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los “ampare”. En E. OTEIZA, *Procesos colectivos*. Santa Fe : Ed. Rubinzal Culzoni.

- OTEIZA, E., & VERBIC, F. (2010). La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo “Halabi”? *Jurisprudencia Argentina*.
- OVALLE, J. (2015). Legitimación en las acciones colectivas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 158, 1057-1092.
- PELLEGRINI, A., & WATANABE, K. (2011). O controle jurisdiccional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Ed. Forense.
- PELLEGRINI, A., BENJAMIN, A., ARRUDA, T., & VIGORITI, V. (2014). Processo coletivo. Do surgimento à atualidade. San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- PEREIRA, S. (2012). Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América. En E. OTEIZA, *Procesos colectivos. Class actions* (págs. 203-246). Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- PEREIRA, S., VILLADIEGO, C., & CHAYER, H. (2011). Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe. En S. PEREIRA, *Modernización de la justicia civil* (págs. 67-68). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- PEREZ REGONE, A. (2000). Prolegómenos de los amparos colectivo. Tutela de incumbencias multisubjetivas. Parte General. *Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni*, 114.
- PEYRANO, J. W. (2008). ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina? *Revista de Derecho Procesal*, 21-34.
- PODER JUDICIAL DE PERÚ. (2014). *Manual judicial de lenguaje claro y accesible a los ciudadanos*. Lima : Fondo Editorial del Poder Judicial.
- POST, R., & SIEGEL, R. (2013). Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial. En R. POST, & R. SIEGEL, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (págs. 19-141). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- RESNIK, J. (2014). The privatization of process: requiem for and celebration of the federal rules of civil procedure at 75. Filadelfia: University of Pennsylvania.
- RESNIK, J. (2017). Los jueces como directores del proceso (traducción de Verbic, F. y Mamberti, M. E.). *Revista Científica de Derecho*.



- RICHEY, C. R. (1989). Rule 16: A survey and some considerations for the bench and bar. 126 F.R.D., 599.
- RODRIGUES W., L. (s.f.). Liquidação da sentença civil. Revista dos Tribunais. 4ª edición., 257.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C., & RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2015). Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- SABA, R. (2016). Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué le debe el Estado a los grupos desventajados? Buenos Aires : Editorial Siglo XXI.
- SALGADO, J. M. (2007). La corte y la construcción del caso colectivo. Revista La Ley, 787.
- SALGADO, J. M. (2011). Tutela individual homogénea. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- SALGADO, J. M. (2014). Certificación, notificaciones, pedido de exclusión y pretensión colectiva pasiva. En J. M. SALGADO, Procesos colectivos y acciones de clase (pág. 297 y ss.). CABA: Ed. Cathedra Jurídica.
- SCARPINELLA, C. (2012). Curso sistematizado de direito processual civil, 2ª edición, Tomo II Direito processual público e direito processual coletivo. San Pablo: Ed. Saravia.
- Segunda Ronda de Talleres. (2015). Documento reporte de actividad. XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, (pág. 6 y ss.). Colombia.
- SHAPIRO, D. L. (1998). Class actions: The class as party and client. 73 Notre Dame L. Rev., 913-962.
- SHUCK, P. H. (1983). Suing government: Citizen remedie for official wrongs. New Haven: Yale University Press.
- SILVESTRI, E. (1988). Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare. Rev. Dir. Civ., 539 y ss.
- SMITH, R., & WYNNE, B. (1983). The use of scientific evidence in litigation . New York: National Centre for State Courts.
- STORME, M. (1982). L' 'assreinte nel diritto belga: sei anni di applicazione. Rev. Trim. Dir. Proc. Civ., 602 y ss.
- SUBRIN, S., MINOW, M., BRODIN, M., & MAIN, T. (2000). Civil procedure. Doctrine, practice, and context. New York: Aspen Law & Bussines.

- SUCUNZA, M., & VERBIC, F. (2014). Medidas cautelares en procesos colectivos: ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias. Abeledo-Perrot, AP/DOC/1604/2014.
- TARRUFO, M. (1990). Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni. En R. SACCO, *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* (pág. 392 yss.). Torino: UTET.
- TARUFFO, M. (1988). L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 142 y ss.
- TARUFFO, M. (2006). El "Civil Law" y el "Common Law": aspectos fundamentales. En M. TARUFFO, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. (págs. 57-85). Bogotá: Ed. Temis S.A.
- TARUFFO, M. (s.f.). Some remarks on group litigation in comparative perspective. *11 Duke J. of Comp. & Int'l L.*, 405.
- THOMAS, C. (1997). Return to civility. *33 Tulsa L. J.*, 7 y ss.
- TIDMARSH, J. (s.f.). Rethinking adequacy of representation. *87 Tex. L. Rev.*, 1137.
- TRIONFETTI, V. (2003). El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del Amicus Curiae. *Revista La Ley*, 68 y ss.
- VERBIC, F. (2007). *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- VERBIC, F. (2008). La prueba científica en el proceso judicial. Identificación de la noción en el marco de la teoría general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad. Sant Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- VERBIC, F. (2008). La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas. *Revista de Derecho Comercial Abeledo Perrot* N° 233.
- VERBIC, F. (2010). *Procesos Colectivos. Necesidad de su regulación*. *Revista La Ley*, 769.
- VERBIC, F. (2011). El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos. En R. O. BERIZONCE, *Los principios procesales*. La Plata: Librería Editora Platense.
- VERBIC, F. (2012). Litigios paralelos y legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor en un reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial. *Jurisprudencia Argentina*.
- VERBIC, F. (2012). *Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y*

- tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia. *Revista de Derecho Procesal*.
- VERBIC, F. (2013). Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba.
- VERBIC, F. (2013). El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características, y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *Revista Anales N° 43, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, 267-286.
- VERBIC, F. (2013). Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina. *Civil Procedure Review*, 310-371.
- VERBIC, F. (2014). Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano. *Revista La Ley Vol. 78*, 1-5.
- VERBIC, F. (2015). Un nuevo proceso para conflictos de interés público en la República Argentina. *Revista de Processo Vol. 40 N° 244*, 287-322.
- WALKER, J., WATON, G., BRASIL, L., EIZENGA, M., HAYLEY, R., JONES, C., . . . POLTAK, C. R. (2013). *Class Actions in Canada: Cases, notes and materials*. Emond Montgomery Publications.
- WILLING, T. E. (1996). An empirical analysis of rule 23 to address the rulemaking challenges. *71 N.Y.U L. Rev.*, 74.
- WOLCHER, L. (2000). The paradox of remedies: The case of international human rights law. *38 Colum. J. Transnat'l L.*, 515.
- WRIGHT, C. A. (1970). Class actions. *47 F.R.D.*, 169.
- ZANETTI JR., H. (2011). De la ley a la Constitución. La positivización de los derechos difusos y colectivos en la Constitución brasileña. *Revista Jurídica del Perú. Tomo 126.*, 65-81.





**T**radicionalmente, la discusión sobre las reformas a la Justicia Civil ha estado confinada en gran parte al mundo legal, el que se ha enfocado en la elaboración de nuevos códigos y procedimientos, limitando un debate que, por su alcance y características, debería integrar más voces, nuevas disciplinas, y otras herramientas que aporten a los futuros y actuales procesos de cambio.

Este libro, desarrollado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, con el apoyo financiero de Global Affairs Canada (GAC), pretende ser un aporte para enriquecer y ampliar el debate sobre la Reforma a la Justicia Civil, integrando nuevas perspectivas y herramientas de análisis.

De esta manera esperamos que la Justicia Civil amplíe su ámbito de acción hacia los problemas cotidianos de las personas y que no sólo se preocupe de los conflictos que implican grandes sumas de dinero. Para ello, queremos instalar un debate sobre la Reforma a la Justicia Civil que se desarrolle desde un enfoque más amplio, el que cuente con una mirada multidisciplinaria y de política pública.

