

LAS REFORMAS PROCESALES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

ROBERTO O. BERIZONCE¹

FRANCISCO VERBIC²

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es presentar las principales características del sistema procesal civil argentino, explicando sus raíces, la evolución histórica de sus principales reformas, algunas discusiones sobre instituciones específicas que han marcado cambios relevantes (mediación prejudicial obligatoria, procesos colectivos y acciones de clase, control de convencionalidad), así como también describir el rol que ha asumido el Poder Judicial, con la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en su cúspide, en el contexto institucional y político derivado de la reforma constitucional de 1994.

Debe tenerse en cuenta que la República Argentina es un país federal en el que coexisten una administración central, 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En materia de administración de justicia el art. 5 de la Constitución Nacional (CN) establece, como condición para el reconocimiento de la autonomía de las provincias argentinas, la obligación de organizar su propio sistema de justicia (art. 75 inc. 12° de la CN).

A pesar de la claridad del marco constitucional, la cuestión dista de ser lineal. Sucede que la CSJN ha reconocido la constitucionalidad de normas procesales dictadas por el gobierno federal para regir en la órbita provincial bajo ciertas condiciones. En efecto, si bien la sanción de normas procesales es de competencia directa de los Estados locales, hay excepciones ya que el Congreso Nacional avanza sobre competencias que no le fueron delegadas cuando entiende que una determinada materia debe contar con una protección procesal uniforme. Se trata en definitiva de un Estado federal en el cual la división de competencias en la práctica legislativa es compleja.

Por ejemplo, el nuevo Código Civil y Comercial -de aplicación en todo el país, sancionado en el año 2014 y con vigencia desde el 01/08/2015- contiene un número significativo de normas procesales en su articulado. Algunas de ellas de suma trascendencia, como ser la que establece en cabeza de los jueces el deber de razonable fundamentación de las sentencias en los siguientes términos: “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada” (art. 3).³ Muchas otras, por el contrario, resultan de dudosa constitucionalidad ya que no pueden considerarse como relevantes para la tutela de derechos que el Código Civil y Comercial establece.

¹ Profesor Emérito de la Universidad de La Plata, ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, rberizonce@lpsat.com.

² Profesor de la Universidad de La Plata y LLM New York University, verbicfrancisco@gmail.com.

³ Sobre el particular ver SUCUNZA, M. A., VERBIC, F., *El deber de razonable fundamentación en el Código Civil y Comercial de la Nación: Alcance, contenido e implicancias*, Suplemento especial “Cuestiones procesales en el Código Civil y Comercial”, 2017.

En lo que sigue centraremos nuestra atención en el ordenamiento procesal nacional, aun cuando muchas de las cuestiones aquí discutidas pueden trasladarse -con ciertas adaptaciones y precauciones- a lo que sucede en las Provincias y en la Ciudad de Buenos Aires.

II. LA HERENCIA ESPAÑOLA Y LA FUERTE INFLUENCIA DE LA TRADICIÓN ROMANO CANÓNICA. EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL NACIONAL, SUS REFORMAS Y EL FALSO SALTO HACIA UN PROCESO POR AUDIENCIAS

Conforme explica Oteiza, para encontrar los orígenes del derecho procesal argentino debemos volver la mirada al siglo XII, donde encontraremos “las ideas que todavía hoy dominan el proceso civil en Argentina y en la mayoría de los países latinoamericanos”.⁴ Particularmente en nuestro país, el derecho romano canónico fue recibido por la recepción que de él hizo España, cuya influencia directa durante los tres siglos que siguieron a la conquista de América, e indirecta hasta la actualidad, resulta más que evidente.⁵

Las corrientes de pensamiento dominantes en América Latina originadas en el derecho constitucional de los Estados Unidos de América y en el iluminismo francés, a pesar de haber sido fuente directa de la CN en su versión original (1853/60),⁶ tuvieron una influencia menor que la legislación española sobre las primeras regulaciones procesales sancionadas durante el siglo XIX.

La doctrina nacional es coincidente en que la fuente principal tanto de la Ley N° 50 de “Procedimiento ante los Tribunales Nacionales”, sancionada en el año 1863, como de su complementario “Código de Procedimientos” adoptado en 1880, fue la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855.⁷

En el año 1968, durante el gobierno de facto de Juan Carlos Onganía, fue sancionada la Ley N° 17.454 que aprobó el primer Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). A pesar de que durante la década del 60 se produjeron intensos debates sobre la necesidad de dar mayor relevancia a la oralidad en un proceso civil caracterizado por ser desconcentrado y eminentemente escrito, el nuevo ordenamiento supuso posponer la idea de inmediación entre el juez y las partes en un proceso desarrollado por audiencias y se contentó con el mantenimiento -con escasas variantes- de un procedimiento

⁴ OTEIZA, E., “El fracaso de la oralidad en el proceso civil argentino”, CARPI, F., Y ORTELLS, M. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia, 2009, pp. 413-439.

⁵ Ver BERIZONCE, R.O., FERRAND, F., “Lois modèles et Traditions nationales (Model Laws and National Traditions)”, GOTWALD, P., HESS, B., *Procedural Justice. XIV. IAPL World Congress*, Heidelberg, 2014, pp. 113-140 (desarrollando la tradición jurídica procesal de América Latina y explicando cómo Argentina se inserta en el referido contexto cultural). También OTEIZA, E., “El fracaso”, cit., pp. 413-439 (señalando que “Las Siete Partidas de 1258, bajo el reinado de Alfonso el Sabio, en especial la tercera, influyeron sobre el derecho heredado por las colonias americanas”).

⁶ OTEIZA, E., *La Corte Suprema. Entre una justicia sin política y una política sin justicia*, La Plata, 1994.

⁷ Ver por todos OTEIZA, E., “El fracaso”, cit., pp. 413-439 (sosteniendo que fue Alsina quien “demostró que de los ochocientos artículos del Código Procesal de 1880, trescientos noventa y dos fueron tomados de la Ley de Enjuiciamiento de 1855”).

escriturario que continuó asentando sus raíces, al igual que sus predecesores, en la Ley de Enjuiciamiento Civil española del siglo anterior.⁸

El CPCCN recibió su primera reforma relevante en el año 1981 a través de la Ley N° 22.434,⁹ y luego otra de menor dimensión en el año 1995 por conducto de la Ley N° 24.573.¹⁰

La reforma de 1981 tuvo dos objetivos fundamentales, conforme se desprende del mensaje de elevación y los fundamentos del proyecto. El primero de ellos fue facultar al juez para que delegue ciertas funciones con el objetivo de facilitar la inmediación y su efectiva participación en las audiencias de prueba. El segundo fue establecer de modo expreso la nulidad de la audiencia de posiciones (prueba confesional) si el juez no estaba presente durante su desarrollo.

Oteiza señala que la delegación efectivamente fue implementada, mas no así la sanción de nulidad a pesar de que los jueces continuaron -en su gran mayoría- sin tomar dicha audiencia personalmente. Si bien la reforma no fue exitosa, al menos “significó un reconocimiento de la necesidad de modificar las prácticas procesales que consentían que el juez actuara sin inmediación y no atendiera las audiencias. Es discutible el mecanismo utilizado para lograr el referido propósito pero es evidente que se trata de un intento por revertir la falta de inmediación”.¹¹

La reforma de 1995, a su turno, incorporó al mecanismo de debate una audiencia preliminar y ratificó la exigencia de la presencia del Juez en dicho acto procesal bajo pena de nulidad, al igual que lo hiciera la Ley N° 22.434 con referencia a la audiencia de posiciones. Si bien “el camino escogido era el correcto” ya que “la audiencia preliminar permite al juez tomar contacto con las partes en una fase preliminar del proceso y ordenar cómo se llevará adelante la etapa dedicada a la prueba”, lo cierto es que su implementación fracasó abiertamente en la práctica.¹²

Cabe destacar que todos los proyectos de reforma que fueron elaborados en el orden nacional y en cada provincia argentina luego de la reforma de 1981 han tenido una fuerte influencia de la doctrina de Mauro Cappelletti, quien visitó el país a comienzos de esa década y provocó una verdadera revolución en el modo de pensar y estudiar el derecho procesal.

⁸ Explica Oteiza que “Colombo, uno de los redactores de la reforma, sostenía su desconfianza sobre la posibilidad de implantar la oralidad. La realidad, afirmaba, en caso de diseñarse un proceso que recepte la oralidad puede generar a un nuevo desencanto. No explica Colombo cuáles eran las razones que impedían enfrentar aquello que define como la realidad, ni intenta desentrañar las causas del evitable desencanto que hubiera podido haber significado intentar una reforma sustancial en el proceso civil. La invocación a la realidad sin explicaciones puede significar simplemente la falta de convicción sobre la capacidad de realizar los esfuerzos indispensables que deben dedicarse a una reforma del sistema” (OTEIZA, E., “El fracaso”, cit., pp. 413-439).

⁹ B.O. del 26/03/81.

¹⁰ Sancionada el 04/40/95 y promulgada el 25/10/95.

¹¹ OTEIZA, E., “El fracaso”, cit., pp. 413-439.

¹² OTEIZA, E., “El fracaso”, cit., pp. 413-439.

También debe señalarse la influencia del Código tipo Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en Río de Janeiro en 1988, el cual fue receptado casi inmediatamente en el Código General del Proceso de Uruguay de 1989 y que descansa también sobre los principios fundamentales de la línea de trabajo de Cappelletti: el acceso a la justicia, la presencia principal de los poderes-deberes de los jueces, la intermediación, la oralidad, la asistencia legal, la declaración de parte, el interrogatorio cruzado, el deber de colaboración a la verdad jurídica y a la obtención de resultados jurisdiccionales útiles, y el profundizado control de constitucionalidad.¹³

Entre las reformas posteriores la más relevante fue la del año 2001, operada mediante la Ley N° 24.588.¹⁴ Esta norma modificó entre otras cosas los arts. 34 y 36 del CPCCN, disponiendo que las que antes se reconocieran como “facultades” del juez pasaban desde ese momento a ser “deberes”. Además, mantuvo la audiencia preliminar pero eliminó la sanción de nulidad para el supuesto de no encontrarse presente el Juez. Otra modificación estructural tuvo por objeto la supresión del proceso de conocimiento sumario, refundando la estructura de debate para plantear sólo dos alternativas: un trámite ordinario, con amplitud de debate y prueba, y otro sumarísimo, sólo habilitado para circunstancias excepcionales y con un margen acotado de plazos y prueba.

Poco y nada cambió con estas nuevas modificaciones reglamentarias. Es evidente, y la reforma del 2001 lo confirmó una vez más, que no es posible modificar prácticas culturales hondamente arraigadas mediante la simple modificación del texto de la ley.

Es interesante señalar aquí algo de lo sucedido en las Provincias, donde la oralidad -como apunta Oteiza- tuvo “un inicio promisorio con la sanción, en los años cincuenta, de los Códigos Procesales de Jujuy y La Rioja que la incorporaron en determinados procesos”. En el caso de La Rioja, sin embargo, a pesar de que la Constitución impone la oralidad como sistema de debate para todos los procesos judiciales en su art. 144 y de que el CPCC declara ser un sistema eminentemente oral (en el cual diversas previsiones normativas efectivamente habilitarían un mecanismo de debate de esas características),¹⁵ una investigación reciente aporta datos que muestran un proceso escrito, extremadamente lento, costoso y con una alta carga de delegación de funciones.¹⁶

¹³ MORELLO, A., SOSA, G., BERIZONCE, R., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Comentados y Anotados*, Tomo I, 2016.

¹⁴ B.O. del 22/11/01, entró en vigencia a partir del 22/05/02.

¹⁵ En la exposición de motivos elaborada por la Comisión Redactora del texto finalmente aprobado por Ley N° 3029 se sostiene que “El Código Procesal Civil actualmente en vigencia en la Provincia, cuya reforma se nos ha encomendado, data del año 1950. Fue sancionado mediante Ley N° 1575 de ese año y empezó a regir a partir del año judicial correspondiente a 1951. Dicho Código fue uno de los primeros que instituyó el sistema de la oralidad en el proceso civil de nuestro país; en rigor, el primero fue el Código de Jujuy, cuya vigencia se remonta al 1 de enero de 1950” (apartado I).

¹⁶ Conf. Centro de Estudios de Justicia de las Américas “Estudio preliminar sobre la justicia Civil y Comercial de La Rioja”, Marzo 2017, disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5540> (último acceso el 25/04/2017).

En resumidas cuentas, podemos afirmar con Oteiza que “Argentina permanece aferrada a un proceso civil caracterizado por la falta de intermediación entre el juez y las partes, la delegación de funciones, la ausencia de concentración de sus distintas fases, la escasa publicidad y el predominio de la escritura como práctica habitual de los actos del proceso. Esas características influyen sobre su bajo nivel de eficiencia, medido en términos de duración razonable, costo sustentable y capacidad para producir decisiones justas apoyadas tanto en un grado adecuado de veracidad de los hechos alegados por las partes como en su capacidad para aplicar el derecho”.¹⁷

III. NOTAS ESENCIALES QUE TIPIFICAN EL ORDENAMIENTO PROCESAL ARGENTINO

Sobre la base de dichas raíces podemos identificar distintas características del ordenamiento procesal argentino, a saber:¹⁸

a) Preminencia del principio dispositivo atenuado: Se confía a las partes tanto el estímulo de la función judicial, a través del planteo de la acción y de la definición de las pretensiones en el escrito de demanda, como la aportación de los hechos sobre los cuales ha de recaer la decisión del juez. La vigencia del principio se manifiesta en la iniciativa del proceso civil y en la disponibilidad por las partes del derecho material a través del desistimiento del proceso o del derecho, el allanamiento del demandado, la transacción o la conciliación (salvo en los procesos en que existe un interés general comprometido). En cambio, corresponde al juez la dirección del proceso, lo cual incluye el deber de impulsar de oficio el proceso sin perjuicio de la carga de las partes de hacer lo propio.

Las partes son las que mediante sus postulaciones, proceden a aportar los hechos y determinan el *thema decidendum*, debiendo el juez limitarse a decidir en los términos de dichas alegaciones (principio de congruencia), sin perjuicio de la aplicación del derecho que correspondiere (*iuria novit curia*). Al juez se le reconocen potestades de cierta amplitud para completar o integrar, *ex officio*, el material probatorio aportado por las partes. Así, el CPCCN le impone como deber ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (art. 36, inc. 2° CPCCN). Puede, asimismo, disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resulte de otras pruebas producidas, tuvieren conocimientos de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa (art. 452 CPCCN). Estos preceptos y otros complementarios contribuyen a atenuar considerablemente el principio dispositivo y le adjudican al juez un rol relevante como director y gestor del proceso.

b) Principio de contradicción: La garantía de contradicción o bilateralidad deriva de cláusulas convencionales y constitucionales que consagran la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN; arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Su vigencia supone que las leyes

¹⁷ OTEIZA, E., “El fracaso”, cit., pp. 413-439.

¹⁸ Los desarrollos de este apartado reproducen, con modificaciones y adaptaciones, parte del trabajo de BERIZONCE, R., FERRAND, F., “Lois modèles”, cit.

procesales acuerden a las partes una suficiente y razonable oportunidad de ser oídas y participar en la actividad probatoria, mediante el ofrecimiento, producción y control de las pruebas de parte y de las dispuestas *ex officio* por el juez.

Excepcionalmente, se admite que las medidas cautelares y de urgencia en general puedan ser decretadas inaudita parte; o, en los juicios de ejecución, se excluye la posibilidad de deducir ciertas defensas vinculadas con la relación sustancial o fundadas en circunstancias anteriores a la creación del título que se ejecuta. Se trata de supuestos de aplazamiento o postergación del contradictorio, que puede ser ejercido en un momento posterior.¹⁹

c) Sistema mixto de escritura-oralidad: La pervivencia casi inalterada de las variables estructurales de la tradición romano canónica en las legislaciones hispano-luso americanas ha sido una de las razones de mayor peso que ha impedido en Argentina -según vimos- la adopción de sistemas de enjuiciamiento oral o, al menos, predominantemente orales. El tan denostado esquema escriturario estructurado en estrictas fases preclusivas, con todas las carencias que exhibe por falta de intermediación, la desconcentración de los actos, la muy escasa publicidad y sus inevitables secuelas en cuanto al retardo en la decisión del litigio, no ha podido ser sustituido a pesar de las críticas de la doctrina y de numerosos proyectos de reforma que han intentado instalar la oralidad mediante un proceso por audiencia con una adecuada cuota de piezas volcadas por escrito.

d) Publicidad: Desde que la publicidad de los actos del proceso solo se verifica realmente en los sistemas de oralidad, consecuentemente con lo anterior puede sostenerse que la misma resulta muy limitada en Argentina. Las previsiones legales sobre el carácter público de las audiencias carecen de significación relevante, salvo por el reglamento especial de audiencias públicas implementado por la CSJN para asuntos de trascendencia institucional (volveremos sobre esto más adelante en este trabajo).

e) Administración de la prueba: Como señalamos, en Argentina rige el criterio de la distribución de la tarea probatoria. Esta es confiada por un lado y principalmente a las partes a título de carga procesal, sin perjuicio de los recíprocos deberes de colaboración; y, por otro, al juez como deber de integración del material aportado por aquéllas, en cuanto su ejercicio resulte necesario para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (principio de primacía de la realidad).

Solo se prevén potestades judiciales genéricas de dirección y ordenación de las causas -concentrar en lo posible los actos, señalar anticipadamente sus defectos u omisiones y sanearlos, prevenir y sancionar los que resulten contrarios

¹⁹ En algunas jurisdicciones locales se registran también regulaciones sobre procesos de estructura monitoria, generalmente siguiendo el tradicional modelo italiano documental aunque con variantes significativas en algunos casos (ver sobre este tema SUCUNZA, M., VERBIC, F., "Procesos de estructura monitoria: Una visión de la legislación comparada y argentina. Conclusiones e interrogantes en pos de su implementación", Morello, A., Sosa, G., Berizonce, R., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Comentados y Anotados*, 2016, Tomo II, pp. 1190-1208.

a la buena fe, procurar la mayor economía procesal, etc.-, incluyendo la denominada audiencia preliminar, pero no se regulan específicas técnicas de gestión, propias del *case management*, que resultan particularmente útiles para la administración de las pruebas (conferencias preliminares, contratos de procedimiento, etc.).

f) Sistema de impugnaciones: El régimen de la época colonial dejó profundas huellas en los intrincados procedimientos impugnatorios vigentes en Argentina.²⁰ En lo que respecta a los recursos ordinarios, en el marco de un sistema de doble instancia de grado los típicos son el de apelación y el de nulidad (el cual, en el régimen del CPCCN, queda subsumido en el primero). Estas vías tienden a reparar errores de juicio (*in iudicando*) o irregularidades del procedimiento (*in procedendo*). No significan una revisión de la primera instancia (*ius novarum*), ya que el tribunal de alzada se limita a examinar el pronunciamiento impugnado en base al material reunido en aquélla; solo excepcionalmente se admite la aportación de nuevos elementos de juicio o la producción de pruebas rechazadas por el *a quo*.

Si bien por principio la apelación procede contra todo tipo de resoluciones, quedan excluidas aquéllas que no produzcan gravamen irreparable, o que recaigan en procesos en que el valor cuestionado no exceda de un monto determinado. En los procesos extraordinarios o plenarios abreviados, generalmente la regla es inversa: solo se admiten en los casos de excepción que la ley determina. La apelación puede concederse en el modo “libre”, que posibilita la alegación y prueba de hechos nuevos, o de modo restringido (el CPCCN aún alude a la apelación “en relación”, terminología propia de la antigua legislación española), en cuyo caso el tribunal *a quem* resuelve derechamente en base a lo actuado en la instancia de origen. La interposición del recurso suspende como regla la ejecución de la sentencia hasta tanto sea decidido.

En cuanto hace a los recursos extraordinarios y el régimen de la casación, el derecho público argentino -al igual que la mayoría de los países iberoamericanos- ha receptado como modo de organización del Poder Judicial federal el paradigma de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, con una Corte Suprema en el vértice de un verdadero y propio poder de Estado, que se concretó con el seguimiento sustancial del esquema de la *Judiciary Act* de 1787.

Así, en Argentina se estatuyó el recurso extraordinario federal ante la CSJN en 1863, y ésta prontamente adoptó para sí la doctrina de “*Marbury vs. Madison*”, erigiéndose en guardiana de la Constitución para asegurar su supremacía a través del control último de constitucionalidad, como una verdadera casación constitucional y sin perjuicio del control difuso en manos de todos los jueces de la Nación. La casación común sobre la interpretación de las leyes comunes, entretanto, quedaba disgregada entre los superiores tribunales de provincia a falta de una casación nacional,²¹ y organizada en base al modelo

²⁰ OTEIZA, E., “Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina”, trabajo presentado en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Garantismo y crisis de la Justicia, Cartagena de Indias, 2-4/09/09.

²¹ Cabe destacar que el 09/05/2013 fue promulgada la Ley N° 26.853, por medio de la cual se crearon distintas Cámaras Federales de Casación, a saber: “Cámara Federal de Casación en lo TEXTO PUBLICADO EN EDUARDO OTEIZA (DIR), SENDAS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA A PRINCIPIOS DEL S.XXI, 2018, MARCIAL PONS.

francés en versión española del siglo XIX, con características típicas del derecho continental europeo.

El sistema argentino también fue influenciado por el *writ of certiorari* estadounidense, en base al cual se realizó una reforma en el año 1990 que instituyó una suerte de *certiorari* “criollo” con particularidades propias: posibilita a la CSJN rechazar el recurso extraordinario “según su sana discreción” por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.²²

g) Naturaleza y efectos de las sentencias constitucionales: Un aspecto fundamental a tener presente en esta descripción del sistema argentino es el nivel de efecto vinculante del pronunciamiento constitucional, en conexión con las respectivas normas constitucionales que regulan al Poder Judicial en el contexto de un sistema de división y equilibrio de poderes. En este aspecto Argentina sigue adscripta al modelo de la Constitución estadounidense de 1787 y a influencia de la *Judiciary Act* de 1789.

El principio general en esta materia es que a los jueces les corresponde tan solo la aplicación en concreto de la ley en los casos planteados, de lo que se deriva que sus sentencias constitucionales solo tienen virtualidad inter partes y no para terceros, pues ello -los efectos *erga omnes*- implicaría conceder a las decisiones alcances generales y abstractos, invadiendo atribuciones propias y excluyentes del legislador. Por excepción, se admite la extensión subjetiva u horizontal de los efectos de la sentencia constitucional que recae sobre derechos de incidencia colectiva, entre los cuales se incluyen los denominados derechos individuales homogéneos (volveremos sobre esto más adelante).

Un problema diverso se plantea en torno de la vinculatoriedad vertical u orgánica interna de los efectos de las sentencias de los tribunales superiores en relación a los jueces inferiores. Sobre esta materia prevalece el criterio en cuya virtud los tribunales inferiores, sean federales o provinciales, deben ajustar sus decisiones sobre puntos regidos por la Constitución a los pronunciamientos de la CSJN; sin perjuicio de quedar a salvo la posibilidad de apartamiento que se les reconoce siempre que sea fundado en razones novedosas y tendiere a la modificación del criterio del superior. En definitiva, la vinculatoriedad de los efectos de los pronunciamientos de la Corte se sustenta en razones de igualdad y seguridad jurídica, por la necesidad de asegurar la uniformidad de la

Contencioso Administrativo Federal, la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social y la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, todas ellas con sede en la Capital Federal” (art. 1). La norma dispuso que estos tribunales se integren con siete miembros y funcionen divididos en dos Salas de tres miembros cada una (art. 5). Asimismo, sustituyó los arts. 288 al 301 del CPCCN y estableció tres vías recursivas para acceder a esta nueva instancia: recurso de casación, recurso de inconstitucionalidad y recurso de revisión (art. 11). Al cierre de este trabajo estos tribunales todavía no han sido puestos en funcionamiento. La Ley N° 26.853 fue criticada fuertemente por diversas razones y desde distintas perspectivas (ver entre otros OTEIZA, E., “Ley de creación de las nuevas tres cámaras de casación y la duración de los procesos”, *La Ley*, Sup. Esp. “Cámaras Federales de Casación. Ley 26.853” del 23/05/2013, p. 9 y ss.

²² Art. 280 CPCCN. Ver al respecto MORELLO A., “Admisibilidad del recurso extraordinario (el *certiorari* según la jurisprudencia)”, LEP, La Plata, 1997.

interpretación jurídica y la preservación de la autoridad del máximo órgano del poder judicial de la Nación.²³

IV. EL PARTICULAR CASO DE LA LEY DE AMPARO

Conforme señalan Vallefín y López “Pocas instituciones ofrecen en el derecho argentino una trayectoria similar a la del amparo. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo consagró, abandonando un criterio restrictivo en torno al ámbito de aplicación del *habeas corpus*. Luego la ley lo regló tanto en sus aspectos sustanciales como procesales. Finalmente la Constitución Nacional, tras las reformas introducidas en 1994, lo estableció expresamente en el artículo 43, fijó sus condiciones de procedencia e impuso ciertas modalidades para su trámite”.²⁴

Paradójicamente, o tal vez no tanto, la principal garantía procesal contra acciones y omisiones que pusieran en riesgo o directamente afectaran a los habitantes con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta surgió a la luz en el contexto de un gobierno militar ilegítimo. En efecto, fue en el año 1957, durante la dictadura de Pedro Eugenio Aramburu, que la CSJN dictó el señero precedente “Siri”²⁵ y acuñó pretorianamente un principio fundamental de nuestro derecho constitucional según el cual, comprobada una violación a derechos fundamentales, el Poder Judicial debe intervenir para protegerlos aun cuando no exista regulación formal para canalizar ese reclamo de justicia.

En este sentido la CSJN rompió con la línea tradicional que venía desarrollando²⁶ y sostuvo “Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea reestablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias”, poniendo énfasis en que “Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas”.

Poco menos de un año después la CSJN volvió a expedirse sobre la cuestión en el caso “Kot”.²⁷ En esta nueva oportunidad se trataba de un conflicto

²³ OTEIZA, E., “La función de las Cortes Supremas en América Latina”, *Reforma procesal civil*, 2010, pp. 669 y ss.

²⁴ VALLEFIN, C., LÓPEZ, J. I., “El Amparo”, MORELLO, A. M., SOSA, G. L., BERIZONCE, R. O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Comentados y Anotados*, 2016, Tomo I, pp. 231 y ss.

²⁵ CSJN en “Siri, Angel s/interpone recurso de hábeas corpus”, sentencia del 27/12/57, Fallos 239:459.

²⁶ “Que en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta fundamental relacionados con los derechos individuales, esta Corte Suprema, en su actual composición y en la primera oportunidad en que debe pronunciarse sobre el punto, se aparta así de la doctrina tradicionalmente declarada por el tribunal en cuanto relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (Fallos, t. 168, p. 15; t. 169, p. 103 y los posteriores)”.

²⁷ CSJN en “Kot, Samuel SRL s/Recurso de Corpus”, sentencia del 05/09/58, Fallos 241:291.

donde -a diferencia de lo ocurrido en “Siri”- la violación de derechos fundamentales venía producida por la actividad de un privado y no por el Estado. En esta nueva sentencia, además, fueron enunciados por primera vez los caracteres que debía reunir el acto lesivo para habilitar esta vía de discusión extraordinaria y también se delimitó el ámbito de aplicación del amparo frente a los llamados “procedimientos ordinarios”.

En este sentido la CSJN sostuvo: “Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia -lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio- a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios”.

El proceso de amparo gozó de casi diez años de vida jurisprudencial hasta que, durante una nueva interrupción del proceso democrático, en el año 1966 fue sancionada la Ley N° 16.986.²⁸ En un contexto como éste, lógicamente la norma vino a encorsetar la garantía mediante el establecimiento expreso de ciertas limitantes. Entre ellas se destacan especialmente un plazo de caducidad de tan sólo 15 días, la prohibición de declarar la inconstitucionalidad de leyes y el efecto suspensivo concedido al recurso de apelación contra las medidas cautelares otorgadas y la sentencia definitiva. Cabe señalar que estas últimas dos facetas de la ley fueron declaradas inconstitucionales en reiteradas oportunidades por diversos tribunales, y que el plazo de caducidad fue flexibilizado mediante diversas interpretaciones.²⁹

La reforma constitucional de 1994 acordó al amparo el rango que le corresponde, reconociendo en el nuevo art. 43 tanto su variable individual como colectiva: “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 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

²⁸ B.O. del 20/10/66.

²⁹ MORELLO, A. M., VALLEFÍN, C. A., *El amparo. Su régimen procesal*, La Plata, 2004.

esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Siguiendo a Vallefín y López,³⁰ podemos caracterizar esta nueva faceta constitucional del amparo señalando que configura una acción urgente, de carácter rápido y expedito, que procede en ausencia de una vía judicial más idónea y que ya no requiere del tradicionalmente exigido agotamiento de la vía administrativa.

En línea con lo dispuesto por la Ley N° 16.986, el texto constitucional permite que el amparo se utilice para impugnar cualquier acto u omisión que provoque una lesión, restricción, alteración o amenaza de un derecho constitucional, sin importar si la responsabilidad por ello viene de una autoridad pública o de un privado. Sin embargo, el campo de actuación es ampliado con relación a la señalada ley ya que ahora expresamente se habilita la discusión por esta vía de actos u omisiones que afecten derechos reconocidos en un tratado o una ley.

Finalmente, se reconoce expresamente el poder de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (rompiendo así con la prohibición establecida en la ley) y se incorpora la posibilidad de litigar en nombre de grupos de personas a través de ciertos actores sociales y políticos a quienes se atribuye una legitimación extraordinaria al efecto (profundizaremos sobre esto en el apartado VI de este trabajo).

A pesar de los cambios sustanciales que, como es evidente, significó la reforma constitucional de 1994, pasados más de 50 años desde la sanción de la Ley N° 16.986 y más de 20 desde la señalada reforma constitucional el Congreso de la Nación Argentina no ha dictado todavía una nueva ley reglamentaria de esta garantía que resulte acorde a los estándares, principios y finalidades que exige su operatividad en el siglo veintiuno.

V. LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA

La República Argentina fue una referencia regional en materia de implementación de una etapa de mediación prejudicial obligatoria, establecida como requisito de admisibilidad de la demanda judicial.

La Ley N° 24.573, a la cual ya nos hemos referido puesto que es la misma que introdujo la audiencia preliminar en el CPCCN, estableció en el año 1995 un régimen aplicable a todos los procesos civiles y comerciales de conocimiento que tramitasen en la justicia nacional.³¹ La sanción del régimen no fue sorpresiva ya que para ese entonces se había realizado una prueba piloto en la por entonces Capital Federal como parte del Plan Nacional de Mediación establecido en 1991.³²

³⁰ VALLEFIN, C., LÓPEZ, J. I., *“El Amparo”*, cit., Tomo I, pp. 231 y ss.

³¹ Inicialmente establecido por un plazo de 5 años, el cual fue prorrogado por igual término a través de la Ley N° 25.287, y en el año 2008 nuevamente por conducto de la Ley N° 26.368.

³² Esto, a su turno, fue reflejo de la Resolución N° 297/91 del Ministerio de Justicia de la Nación, mediante la cual se había creado una “Comisión de Mediación” encargada de elaborar un “Programa o Plan Nacional de Mediación” que posteriormente fue aprobado por el Decreto N° 1480/92. Esta norma declaró este medio alternativo de solución de controversias como “de interés nacional” y dio comienzo a la señalada prueba piloto. Para una evolución detallada del instituto, ver GIANNINI, L. J., *La mediación en Argentina*, 2015.

Su desarrollo estuvo sostenido por un marcado apoyo económico de fondos de cooperación internacional en la región.³³

Luego de 15 años de vigencia, la Ley N° 26.589 denominada de “Mediación y Conciliación”³⁴, ratificó con carácter definitivo la instancia previa obligatoria, dispuso expresamente que el Juez tiene la facultad de acercarse a las partes para intentar una solución autocompositiva del litigio en la audiencia preliminar regulada en el art. 360 del CPCCN, y también la posibilidad de derivar a las partes a una mediación.

Esta norma acordó al instituto la silueta que lo caracteriza actualmente. Conforme resume Giannini, en el nuevo régimen “La mediación sigue siendo obligatoria y a cargo exclusivo de profesionales de la abogacía, con tres años de experiencia, que aprueben los requisitos de capacitación establecidos reglamentariamente, superen el examen pertinente y estén inscriptos en el Registro Nacional de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia. Las restantes profesiones sólo pueden intervenir en el sistema diseñado por la ley, como técnicos asistentes en la negociación. En cuanto al carácter “previo”, la Ley 26.589 atenuó dicha nota del régimen anterior, permitiendo que, durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez actuante pueda derivar el expediente al procedimiento de mediación (mediación intraprocesal)”.³⁵

Cabe señalar que para el momento de sancionarse el régimen definitivo en la materia su constitucionalidad había sido puesta en discusión con argumentos que lo acusaban de obturar el acceso al sistema de justicia y trasladar a manos del Poder Ejecutivo funciones judiciales. La CSJN despejó las dudas al respecto sosteniendo que “el carácter obligatorio del procedimiento de la mediación no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia pues, una vez que las partes han comparecido personalmente a la audiencia pueden dar por terminado el procedimiento, con lo cual queda expedita -y en breve tiempo- la vía judicial”.³⁶

Como explica Oteiza, la incorporación de la mediación prejudicial obligatoria fue presentada “como una gran innovación”. Sin embargo, los debates parlamentarios se enfocaron por entonces “en discutir las ventajas y desventajas de un sistema pensado para aligerar la carga de trabajo, lo cual es

³³ Especialmente por intermedio de proyectos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a través del Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) (conf. OTEIZA, E., “Punto de vista. MARC/ADR y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano”, texto de la conferencia dictada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL) sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1, Sorbonne, del 21-25/09/05).

³⁴ B.O. del 06/05/10.

³⁵ Conf. GIANNINI, L. J., *La mediación*, cit., 2015.

³⁶ CSJN en autos “Baterías Sil-Dar”, sentencia del 27/09/01, Fallos 324:3184, considerando 7° del voto de la mayoría. La decisión de la CSJN tuvo una importante disidencia del Dr. Vázquez, quien sostuvo que debía confirmarse la declaración de inconstitucionalidad del régimen (declarada por la Cámara de Apelaciones) con fundamento en que “el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales del Estado (expresión de la garantía de defensa en juicio) no puede ser restringido, postergado, ni menos aún excluido por vía legal y en forma compulsiva, y que solo por excepción y voluntariamente pueden las partes decidir no acudir a los tribunales judiciales para, en su lugar, resolver sus conflictos con intervención de personas u órganos distintos que los jueces” (considerando 7° de su voto).

criticable si no va acompañado de una reforma que presente al proceso judicial como una alternativa viable". El principal problema fue por tanto que "la mediación fue adoptada sin prestar debida atención al estado general de la justicia civil nacional y federal y a las formas legales utilizadas para resolver los procesos".³⁷

Además de ello, y tal como se desprende de la exposición de motivos de la primera Ley de Mediación, el régimen fue instaurado con el declarado propósito de aliviar la carga de trabajo de los tribunales. En lugar de ocuparse por enfrentar los serios problemas de eficiencia y eficacia que padece nuestro sistema procesal, el legislador buscó establecer paliativos.³⁸

Más allá de la calidad del resultado, las estadísticas oficiales parecen acompañar el acierto de esta postura: de las mediaciones sorteadas entre los años 1996 y 2013 "sólo el 34,6% culminaron en sede judicial, lo que implica una tasa del 65,4% de las mismas no llega a juicio".³⁹

Muchas Provincias incorporaron posteriormente la mediación prejudicial obligatoria. Entre ellas, por ejemplo, Santa Fe y Córdoba.

VI. PROCESOS COLECTIVOS Y ACCIONES DE CLASE

El desarrollo de las reglas procesales para la tutela colectiva de derechos puede ser dividido en cuatro etapas históricas, marcadas por ciertos hitos que determinaron un antes y un después en la discusión sobre el tema. Estas etapas se proponen aquí con cierto margen de discreción y tal vez hasta con algo de arbitrariedad. Sólo persiguen como objetivo presentar la evolución jurisprudencial y normativa (tanto a nivel legislativo como administrativo) operada en torno al tipo de discusiones que se fueron generando en cada uno de esos momentos históricos.⁴⁰

³⁷ OTEIZA, E., "¿Debemos reformar la justicia civil? Los procesos colectivos como una pieza clave de una reforma imprescindible", SALGADO, J. M., *Procesos Colectivos y Acciones de Clase*, Bs. As., 2014.

³⁸ Sobre esta cuestión Oteiza señala con claridad que "la recepción de los MARC no puede hacer perder de vista el carácter central de la obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso. Se trata de un presupuesto esencial del Estado de Derecho y de un derecho humano básico. Los MARC no pueden ocupar el lugar del proceso judicial como resguardo final de los derechos. Ellos tienen capacidad para completar la respuesta del Estado por constituir una opción legítima, ya que en determinadas situaciones otorga mayores beneficios a los sujetos del conflicto. Es un error presentar el problema en términos de una supuesta elección entre el proceso judicial y los ADR. Las formas alternativas muestran un límite a la protección y en múltiples circunstancias ellas son inadecuadas" (conf. OTEIZA, E., "Punto de vista", cit., 25/09/2005).

³⁹ Conf. GIANNINI, L. J., *La mediación*, cit. Sin embargo, como afirma dicho autor, "no han sido divulgadas investigaciones que permitan saber si ese 65% de ciudadanos que no van a la justicia luego de pasar por la mediación, lo hacen por haber quedado satisfechos luego de la experiencia de autocomposición, o si -por el contrario- se abstienen de reclamar judicialmente lo que consideran que les corresponde por otros factores, como los obstáculos materiales para acceder a la justicia o la dificultad de obtener por su intermedio un resultado útil en tiempo razonable".

⁴⁰ Conf. VERBIC, F., "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 Rubinzal Culzoni*, Número Extraordinario "Procesos Colectivos", 2012.

El inicio de la primera etapa histórica puede ubicarse a comienzos del año 1983 con el dictado del fallo “Kattan”,⁴¹ y se extiende hasta la reforma de la CN operada en el año 1994.⁴² Durante este período la principal discusión en los tribunales de nuestro país y también en el campo doctrinario giró en torno al alcance de la noción de “intereses difusos”, los cuales eran considerados como algo diferente de las situaciones jurídicas reconocidas por la vieja trilogía administrativista “derecho subjetivo / interés legítimo / interés simple” (categorización que ha perdido prácticamente toda vigencia como punto de referencia para establecer si un sujeto se encuentra o no legitimado para accionar colectivamente).⁴³ El fundamento de estos intereses difusos reposaba en los derechos implícitos reconocidos por el art. 33 de la CN, ya que no existía por entonces nada parecido al actual art. 43 de la CN (que expresamente reconoce “derechos de incidencia colectiva” en cabeza de los habitantes).⁴⁴

Asimismo, se discutía por entonces si el Poder Judicial contaba con competencia para entender en este tipo de asuntos. Sobre este punto hubo ciertos sectores de la doctrina que bregaron fuertemente por cerrar las puertas de la justicia a reclamos colectivos, argumentando sobre la supuesta falta de capacidad política y aptitud funcional del Poder Judicial para resolver conflictos que involucran grandes números de personas.⁴⁵

⁴¹ “Kattan, A. E. y otro c. Gobierno Nacional -Poder Ejecutivo”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Contenciosoadministrativo Federal N° 2, sentencia del 22/03/83, publicado en L.L. 1983-D-568 con nota de CANO, G. J., “Un hito en la historia del derecho ambiental argentino” (el caso fue promovido por un grupo de personas que se consideraban afectadas por permisos de pesca otorgados por el Gobierno Nacional a favor de barcos japoneses. El juez otorgó la medida de no innovar solicitada por los actores, reconociendo expresamente su legitimación para reclamar en sede judicial la protección de derechos colectivos. En tal sentido sostuvo que “un grupo de personas, en estos casos particulares, puede hacer oír su voz ante los estrados judiciales en representación de la comunidad que, si bien permanece silenciosa o ignorante del problema, no deja por eso de tener gravemente afectado su patrimonio y garantías esenciales”).

⁴² Algunos trabajos de doctrina ya para entonces habían señalado el camino a seguir con relación a ciertos puntos clave de la tutela procesal colectiva. Ver en particular MORELLO, A. M., HITTERS, J. C., BERIZONCE, R. O., “La defensa de los intereses difusos, ponencia nacional argentina al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal”, JA, 1982-IV-700; GRECCO, C., “Ensayo preliminar sobre los denominados intereses “difusos” o “colectivos” y su protección judicial”, L.L. 1984-B-865.

⁴³ Ver en este sentido GIANNINI, L., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, La Plata, 2007, pp. 29-39 (sosteniendo que esta trilogía de situaciones jurídicas “fue pensada para la sistematización de la legitimación a título individual y no para el fenómeno del proceso colectivo”); VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, 2007, pp. 113-114 (entendiendo necesario prescindir de estas nociones para comprender los alcances de la legitimación colectiva); SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Buenos Aires, 2011, pp. 36-40 (destacando que carece de sentido útil “mantener distinciones teóricas que en la práctica han dejado de tener importancia, puesto que se ha reconocido la facultad del administrado de acudir a la esfera judicial a defender sus prerrogativas”).

⁴⁴ “Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

⁴⁵ Entre otros ver Barra, R., “Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial”, ED 146-829 (sosteniendo que las acciones en defensa de derechos colectivos o difusos “convierten al juez en un árbitro de las disputas políticas, lo que no es su papel constitucional e institucional y, seguramente por esa razón, no se encuentra preparado para ello”).

Ya sobre el final de esta etapa fue sancionada la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. Si bien se trata de una ley sustancial o de fondo, el texto aprobado por el Congreso contenía previsiones relativas a la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor y también previsiones relativas al alcance de la cosa juzgada de los efectos de la sentencia a dictarse con motivo de la actuación de tales organizaciones. Sin embargo, al promulgar la ley el Poder Ejecutivo vetó el artículo sobre cosa juzgada y provocó una honda ruptura de la coherencia interna del sistema.⁴⁶

Se trató en definitiva de una etapa embrionaria, donde la cuestión principal (enfocada desde diversas perspectivas) giraba en torno a determinar los límites del Poder Judicial para juzgar asuntos que involucran grupos de personas y que -justamente por tal motivo- desbordan el cauce tradicional de debate en sede jurisdiccional. Esta tarea era sumamente difícil de llevar adelante en el contexto de un ordenamiento jurídico que carecía de normas constitucionales y procesales que pudieran sustentar y guiar semejante actuación. Tal vez haya sido por tal motivo que la respuesta del sistema de justicia ante pretensiones de índole colectiva fue negativa en la mayoría de las oportunidades.⁴⁷

La segunda etapa se inicia con la reforma constitucional de 1994 y se extiende hasta mediados del año 2006, cuando la CSJN dictó el fallo “Mendoza I”.⁴⁸ La reforma construyó un modelo constitucional híbrido en materia de legitimación colectiva cuyas raíces pueden rastrearse tanto en el sistema de acciones de clase estadounidense (de allí la figura del individuo “afectado” como alguien capaz de representar a todo un grupo de personas), como en el modelo asociativo y de participación de organismos públicos propio de los países europeos (de allí la figura de las asociaciones intermedias y el *ombudsman* como sujetos con capacidad para accionar colectivamente, a las cuales puede agregarse

⁴⁶ El art. 54 establecía que “la sentencia dictada en un proceso promovido por el consumidor o usuario, sólo tendrá autoridad de cosa juzgada para el demandado, cuando la acción promovida en los términos establecidos en el párr. 2° del art. 52 sea admitida y la cuestión afecte un interés general”. Esta previsión fue vetada por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto N° 2089/93.

⁴⁷ Pertenecen a esta etapa decisiones judiciales tales como “Baeza, Aníbal R. c/Estado nacional”, CSJN, sentencia del 28/8/84, ED 110-357 (rechazo de una acción de amparo tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de un Decreto por medio del cual el Poder Ejecutivo nacional había convocado una consulta popular sobre los términos del arreglo de límites con el vecino país de Chile en la zona del Canal de Beagle); “Dromi, José R. s/avocación en: Fontela, Moisés W. c/Estado nacional”, CSJN, sentencia del 06/09/90, L.L. 1990-E-97 (rechazo de una acción de amparo promovida por un diputado nacional con el objeto de obtener que la figura jurídica que adoptara la empresa Aerolíneas Argentinas -como consecuencia del trámite de privatización a que ésta se sometía por ese entonces- se encuadrara dentro de alguno de los tipos societarios vigentes); y “Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo”, CSJN, sentencia del 07/04/94, L.L. 1994-C-291 (rechazo de una acción de amparo promovida por dos diputados nacionales con la finalidad de obtener la declaración de nulidad del proceso legislativo que concluyó con el dictado de la ley 24.309, declarativa de la necesidad de reforma de la carta magna).

⁴⁸ “Mendoza, Beatriz y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ Daños y perjuicios”, CSJN, sentencia del 20/6/06, LL 2006-F-355.

el Ministerio Público habida cuenta la nueva fisonomía que acordó a éste el art. 120 CN).⁴⁹

El reconocimiento de actores sociales con legitimación colectiva y el reconocimiento de una nueva categoría de derechos (“de incidencia colectiva”) en el 2do. párrafo del art. 43 CN llegaron prácticamente sin aviso previo y produjeron una verdadera revolución en la comunidad jurídica. A partir de entonces quedó en claro que el Poder Judicial se encuentra habilitado para resolver conflictos colectivos (lo cual, por supuesto, no implica que el tema se siga discutiendo hasta el día de hoy). Es que el constituyente impuso al legislador un punto de partida ineludible: la existencia de situaciones jurídicas colectivas y la posibilidad de que los conflictos que involucren situaciones del género sean dirimidos en sede judicial. La competencia de los jueces en la materia, entonces, se presenta como algo innegable.

A partir de entonces también quedó en claro el sinsentido de exigir al legitimado que demuestre ser titular de la relación jurídica que busca discutir en sede judicial (si bien hasta la propia CSJN lo hizo con relación al Defensor del Pueblo, tal como veremos más adelante). En este punto la reforma nos hizo volver a revisar las clásicas enseñanzas de Calamandrei en cuanto a la necesidad de separar ambas nociones y aceptar que puede existir legitimación en la causa sin que necesariamente el sujeto resulte titular del derecho que pretende defender.⁵⁰

Se trata de un período rico en debates y profuso a nivel jurisprudencial. Al inicio, gran parte de la discusión giró en torno al significado y alcance de cuatro cuestiones: (i) la noción “derechos de incidencia colectiva”; (ii) la legitimación colectiva de cada uno de los sujetos contemplados en el art. 43 CN; (iii) el alcance subjetivo de la cosa juzgada; y (iv) la vía procesal por medio de la cual debían canalizarse este tipo de pretensiones. Luego, el debate se centró más específicamente en la posibilidad de tutelar situaciones que no involucraban un objeto mediato indivisible -como podría ser la recomposición del medio ambiente- sino situaciones pluriindividuales homogéneas -como por ejemplo el recupero de sumas pagadas en demasía con causa en un cargo indebidamente percibido por una entidad financiera.

Vale señalar que durante esta etapa se aprobó el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, una iniciativa desarrollada en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal durante la presidencia del Dr. Roberto Berizonce y de la cual formaron parte los juristas más importantes de la región (encabezados por tres profesores brasileños que cuentan con sobrados antecedentes en la temática).⁵¹ En el orden interno y bajo tal influencia directa, fue durante este período que el Congreso de la Nación sancionó la Ley General del Ambiente N° 25.675. Esta norma incluyó diversas previsiones procesales en materia de legitimación, cosa juzgada y otros aspectos del trámite del proceso por daño colectivo. Por su parte, la CSJN no se quedó atrás y reguló la figura del

⁴⁹ Ver MEROI, A. A., *Procesos Colectivos*, Santa Fe, 2008, pp. 269-320 (realizando una profunda crítica al modelo adoptado por la reforma constitucional en materia de legitimación colectiva, al cual califica de “desconcertante”).

⁵⁰ CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil*, Tomo I, Buenos Aires, 1996, pp. 257-268.

⁵¹ Nos referimos a Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi.

amicus curiae para causas de trascendencia institucional (Acordada N° 28/2004), ampliando de este modo las posibilidades de participación en el contexto de casos colectivos.

Ya arribando al final de esta etapa, la CSJN se pronunció en la causa “Verbitsky” haciendo lugar a un *habeas corpus* colectivo promovido por el CELS en representación de todas las personas privadas de su libertad y alojadas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires.⁵² Esta decisión confirmó que la vía del amparo no era la única habilitada para promover este tipo de reclamos colectivos, y también puso en evidencia que -aun a falta de regulación especial- ciertas cuestiones que iban más allá del medio ambiente y el derecho del consumo también podían canalizarse en clave colectiva hacia el seno del Poder Judicial.

Llegamos así a la tercera etapa, que comienza a mediados del año 2006 con la sentencia recaída en “Mendoza I” y se extiende hasta comienzos del año 2009, cuando la CSJN dictó el fallo “Halabi”.⁵³ La causa “Mendoza” versa sobre la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo. Se trata de un conflicto de carácter interjurisdiccional que tramita en instancia originaria de la CSJN y afecta a más de cinco millones de personas. El conflicto fue llevado a la justicia por un pequeño número de sujetos afectados, quienes demandaron al Estado Nacional, la Ciudad de Buenos Aires, la Provincia de Buenos Aires, 14 Municipios y 44 empresas para obtener de ellos la recomposición del daño ambiental colectivo y la indemnización de los perjuicios sufridos individualmente por todos los miembros del grupo.

En “Mendoza I” la CSJN abrió la instancia luego de aproximadamente tres años de discusión interna y efectuó un deslinde de pretensiones que generó nuevos debates y aclaró en gran medida algunos de los interrogantes por entonces planteados. Así, la pretensión enderezada a obtener la recomposición del bien colectivo dañado quedó tramitando ante el máximo tribunal, mientras que las situaciones de daño individual -en cambio- fueron derivadas ante los jueces que correspondiera según las reglas ordinarias de competencia (situaciones que “eventualmente, podrían ser calificadas como intereses individuales homogéneos” según manifestó la Corte en el considerando 17° de esta sentencia).

Durante esta tercera etapa lo más relevante fue el avance sobre la discusión de distintas cuestiones de trámite que hasta entonces habían sido opacadas por la legitimación y la cosa juzgada. Sucede que el caso “Mendoza” mostró en todo su esplendor las limitaciones del instrumental procesal vigente y comenzó a exigir la revisión de aspectos tales como los requisitos específicos en materia postulatoria, la intervención de terceros, las reglas de competencia territorial y por conexidad, los sistemas de publicidad y notificaciones, la

⁵² CSJN en autos “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, sentencia del 03/05/05, Fallos 328:1146. La implementación de las órdenes dispuestas por la CSJN quedó en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. El proceso de implementación de la decisión dista de ser satisfactorio, si bien ha habido algunos avances en la materia.

⁵³ CSJN en autos “Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111.

celebración de audiencias públicas y la participación de *amicus curiae* en el contexto de causas colectivas, entre otras.

En este período vio la luz la Acordada de la CSJN N° 30/2007, por medio de la cual dicho tribunal reguló las audiencias públicas a celebrarse en determinadas causas que tramitan ante sus estrados. Para proceder a utilizar este mecanismo basta la decisión de tres de sus miembros, lo cual hizo que fueran más de una las causas en que discutió públicamente sobre distintos aspectos de relevancia. Asimismo, fue durante esta etapa que el Congreso de la Nación reformó la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 por medio de su similar N° 26.361. La reforma incorporó al estatuto del consumidor numerosas previsiones procesales de tipo colectivo, incluyendo la posibilidad de tutelar derechos individuales homogéneos, el mecanismo de *fluid recovery* como modo de liquidación colectiva de la sentencia, el Defensor del Pueblo como sujeto habilitado para actuar en este campo (cuestión hasta entonces muy debatida en la jurisprudencia a pesar de la claridad del texto constitucional), el beneficio de justicia gratuita para quienes promuevan acciones colectivas, los requisitos para arribar a una transacción válida y el alcance de la cosa juzgada, entre otras.⁵⁴

Mientras tanto, en el campo jurisprudencial se dictaron relevantes decisiones por parte de la CSJN. Decisiones que -especialmente a través de sus disidencias- pocos meses después de dictado el precedente “Mendoza I” instalaron nuevos aspectos en la mesa de discusión, interpelaron al poder legislativo con motivo de la falta de sanción de una ley en la materia, y comenzaron a vislumbrar lo que habría de ser la posición mayoritaria del tribunal en el caso “Halabi” (sin lugar a dudas, el hito más relevante en la materia luego de la reforma de 1994).⁵⁵

Durante este período la CSJN también se expidió sobre el fondo de una de las pretensiones que tramitaban en la causa “Mendoza”, condenando al Estado Nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires a realizar una serie de actividades tendientes a lograr la recomposición del ambiente dañado (“Mendoza II”).⁵⁶ Esta sentencia obligó a repensar una cuestión más en torno al tema que nos ocupa, cuestión teñida para ese entonces por los poco satisfactorios resultados logrados en la ejecución de la decisión recaída en el caso “Verbitsky”. Me refiero a cómo proceder para implementar decisiones

⁵⁴ Para un análisis detallado de la reforma nos remitimos a VERBIC, F., “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361”, RDP, 2009-I.

⁵⁵ “Monner Sans, Ricardo c. Fuerza Aérea Argentina s/amparo 16.986”, CSJN, sentencia del 26/09/06, Fallos 329: 4066; “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, CSJN, sentencia del 31/10/06, Fallos 329: 4741; “Mujeres por la Vida -Asociación Civil sin Fines de Lucro- filial Córdoba- c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, CSJN, sentencia del 31/10/06, Fallos 329: 4593; y “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Secretaría de Comunicaciones resol. 2926/99 s/amparo ley 16.986”, CSJN, sentencia del 31/10/06, Fallos 329:4542. Un buen análisis de todas estas decisiones puede consultarse en SALGADO, J. M., “La Corte y la construcción del caso colectivo”, L.L., 2007-D-787.

⁵⁶ “Mendoza, Beatriz Silvia y ots. c. Estado Nacional y ots.”, SCJN, sentencia del 23/07/08, L.L. 10/09/2008.

estructurales y qué rol puede jugar la sociedad civil en el monitoreo y control de dicha ejecución.⁵⁷

La cuarta y última etapa comenzó en febrero del año 2009 con el dictado del fallo “Halabi” por parte de la CSJN, y aún se encuentra en pleno desarrollo. Si las cosas continúan avanzando como deberían, entendemos que la culminación de esta etapa tendría que estar marcada por la sanción de una ley procesal adecuada para reglamentar el art. 43 CN.

El caso “Halabi” involucraba un planteo de inconstitucionalidad contra una ley formal del Congreso y su Decreto reglamentario, por medio de los cuales se exigía a las empresas de telecomunicaciones el registro de conversaciones privadas y su almacenamiento por diez años a fin de ser observadas remotamente por el Ministerio Público Fiscal. A diferencia del caso “Mendoza”, el conflicto ventilado en “Halabi” llegó a la CSJN en instancia de apelación extraordinaria e involucraba un número aún mayor de interesados (el grupo afectado por la normativa impugnada comprendía absolutamente todos los usuarios del servicio telefónico).

En esta decisión la CSJN se expidió sobre distintas cuestiones de relevancia en la materia. Primero, confirmó el alcance colectivo que la Cámara de Apelaciones había acordado a la cosa juzgada de la sentencia, reconociendo las raíces constitucionales de esta expansión. Segundo, determinó los alcances de la noción “derechos de incidencia colectiva” y estableció que los derechos individuales homogéneos forman parte de ella (y que, por tanto, los legitimados colectivos pueden accionar en su defensa). Tercero, estableció las pautas adjetivas mínimas que debe respetar el proceso colectivo en tutela de derechos individuales homogéneos para que pueda ser considerado constitucional en términos de debido proceso legal. En cuarto lugar reconoció que la configuración de la “causa o controversia” necesaria para habilitar la intervención del poder judicial se configura de manera diferente según el tipo de derechos que se pretendan defender en la justicia (avanzando en este sentido hacia la idea de “causa o controversia colectiva”). También, reconoció la necesidad de controlar la idoneidad del legitimado colectivo para actuar en representación del grupo (requisito de “representatividad adecuada” tomado del modelo federal de acciones de clase estadounidense). En sexto término, además del control de idoneidad estableció otros requisitos de admisibilidad y procedencia de la acción colectiva tales como la precisa indicación del grupo afectado, la necesidad de que el planteo se enfoque en las cuestiones comunes y homogéneas a todo el grupo, la importancia de contar con un sistema de publicidad y notificaciones adecuado, y el derecho de los miembros del grupo a optar por salirse del proceso o bien participar como parte o contraparte. Por último, pero no por ello menos importante, la CSJN intimó al legislador a sancionar una regulación procesal adecuada en la materia.

Luego de más de cuatro años en los cuales la CSJN sólo volvió sobre el alcance de la doctrina “Halabi” en un par de oportunidades y de modo más bien

⁵⁷ Para un análisis de estas cuestiones nos remitimos a VERBIC, F., “El caso ‘Mendoza’ y la implementación de la sentencia colectiva”, *JA*, 2008-IV-336.

tangencial,⁵⁸ en Agosto de 2013 dictó un nuevo precedente mediante el cual ratificó plenamente aquella doctrina.⁵⁹ Con posterioridad a ello la CSJN ha dictado numerosas y relevantes sentencias colectivas, especialmente en el campo del consumo⁶⁰ y el medio ambiente.⁶¹

Asimismo, durante esta última etapa dicho tribunal ha avanzado con el dictado de distintas reglamentaciones administrativas (de dudosa constitucionalidad) que incorporan disposiciones procesales.⁶² Entre ellas se destacan especialmente la Acordada N° 32/2014, por medio de la cual se creó el Registro Público de Procesos Colectivos y se reguló una instancia de certificación de la acción colectiva, y la Acordada N° 12/2016, por medio de la cual se aprobó un Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos. En los fundamentos de este último acto administrativo el tribunal se ocupó de recordar especialmente lo dicho en “Halabi” siete años atrás en cuanto a la necesidad de contar con una regulación adecuada en este campo del derecho.

⁵⁸ Ver CSJN en autos “Thomas”, causa T.117.XLVI, sentencia del 15/06/2010, *Fallos* 333:1023, Considerando 4°, último párrafo; y CSJN en autos “Mendoza”, causa M.1569.XL, sentencia del 10/11/2009, LL 2010-A-350.

⁵⁹ CSJN en autos “PADEC c/ Swiss Medical s/ Nulidad de cláusulas contractuales”, sentencia del 21/08/2013, Expte. N° P.361.XLIII.

⁶⁰ Entre otros, “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ Amparo”, sentencia del 23/09/2014, Expte. N° CSJ 1145/2013 (49-M), “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”, sentencia del 10/02/2015, Expte. N° CSJ 566/2012 (48-A); CSJ 513/2012 (48-A)/RHI; CSJ 514/2012 (48-A)/RHI; “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 02/12/2014, Expte. N° CSJ 42/2013 (49-K); “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Nación Seguros S.A. s/ Ordinario”, sentencia del 24/11/2015, Expte. N° COM 39060/2011/1/RHI; “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo”, sentencia del 18/08/2016, Expte. N° FLP 8399/2016/CS1; “Abarca, Walter José y otro c/ Estado Nacional Ministerio de Energía y Minería y otro s/ Amparo Ley 16986”, sentencia del 06/09/2016, Expte. N° FLP 1319/2016/CS1; “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston N.A. s/ sumarísimo”, sentencia del 14/03/2017, Expte. N° CSJ 717/2010 (46-P)/CS1).

⁶¹ Entre otros, “Recursos de hecho deducidos por el Fiscal General Federal de Tucumán y por la actora en la causa Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/ sumarísimo”, sentencia del 23/02/2016, Expedientes CSJ 154/2013 (49-C)/CS1 y CSJ 695/2013 (49-C)/CS1; “Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo”, sentencia del 02/03/2016, Expte. N° CSJ 1314/2012 (48-M) /CS1; “Recurso de hecho deducido por la Defensora General de la Provincia de Río Negro en la causa Custet Llambí, María Rita -Defensora General- s/ amparo”, sentencia del 11/10/2016, Expte. N° CSJ 2810/2015/RHI; “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, sentencia del 21/12/2016, Expte. N° CSJ 5258/2014 (ORIGINARIO); “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”, sentencia del 27/12/2016, Expte. N° CSJ 1569/2004 (40-M) /CS2 ORIGINARIO).

⁶² Sobre el rol de la CSJN en este campo, Oteiza destaca que “el Poder Judicial desde su vértice se muestra más atento que el legislador sobre este tipo de problemas e intenta desde su limitado marco ensayar respuestas, que no obstante cuentan con condicionamientos dado que carecen de la aptitud para solucionar integral y estructuralmente las distintas cuestiones que surgen de la tramitación de procesos ciertamente complejos” (OTEIZA, E., “¿Debemos reformar la justicia civil?”, cit.

En este contexto, en el marco del Programa de Justicia 2020 impulsado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (sobre el cual volveremos más adelante en este trabajo) se ha conformado una comisión de trabajo para elaborar un proyecto de ley sobre procesos colectivos para nuestro país. Esta iniciativa tiene el enorme desafío de escuchar a todos los actores sociales involucrados en el fenómeno, discutir francamente sobre los complejos intereses que giran en torno a estos mecanismos procesales y construir, a partir de allí, una propuesta normativa plausible para hacer efectiva la garantía de debido proceso legal colectivo en la República Argentina.⁶³

Un grupo conformado por profesionales y profesores de derecho procesal ha aportado para el trabajo en dicha comisión una “Propuesta de bases para la discusión” que contempla un relevamiento de las problemáticas fundamentales involucradas en este campo y una toma de posición sobre cada una de ellas, siempre pensando en un proceso que entendemos debe ser flexible, transparente, eminentemente oral, conducido por un Juez con fuertes poderes ordenatorios y abierto a la participación ciudadana.⁶⁴

VII. EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad que se ejerce en el contexto del sistema interamericano de protección de derechos humanos fue consecuencia en gran medida del proceso de internacionalización del derecho constitucional iniciado luego de finalizada la segunda Guerra Mundial.⁶⁵ A diferencia del mecanismo de control de constitucionalidad, el control de convencionalidad implica una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica (en adelante “el Pacto”) y otras convenciones internacionales,⁶⁶ por un lado, y las disposiciones de derecho

⁶³ Compartimos con Oteiza que ese desafío, para llegar a buen puerto, demanda que “la discusión sobre el tipo de reglas procesales a aplicar a los procesos colectivos” sea “precedida por un análisis sobre las opciones que una sociedad ha adoptado y está dispuesta a asumir en cuanto a la forma de resolver los conflictos” (OTEIZA, E., “¿Debemos reformar la justicia civil?”, cit.

⁶⁴ GIANNINI, L. J., PÉREZ HAZAÑA, A., KALAFATICH, C., RUSCONI, D., SALGADO, J. M., SUCUNZA, M. A., TAU, M. R., UCIN, C., VERBIC, F., “Propuesta de bases para la discusión de un proyecto de ley que regule los procesos colectivos”, *RDP*, 2016-2, pp. 499 y ss.

⁶⁵ Ver OTEIZA, E., “Diálogo judicial y control difuso de convencionalidad ex officio”, ARRUDA ALVIM, T., *Direito Jurisprudencial*, Sao Paulo (señalando que “La doctrina del control de convencionalidad ha sido desarrollada al resolver casos en los cuales se examinó la responsabilidad de los Estados por violaciones a los derechos humanos vinculadas al terrorismo de Estado y a las leyes de amnistía o perdón. También una de las últimas decisiones de la Corte IDH sobre control de convencionalidad trata los graves y violentos sucesos que enlutan a México. Los hechos a los cuales se aplica la CADH son parte de un pasado cuyas heridas todavía no han cicatrizado y un presente tan dramático como complejo”). Igualmente FERRER MAC-GREGOR, E., “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, disponible en www.juridicas.unam.mx, p. 159 y ss. Allí también puede consultarse una breve reseña de los principales aspectos que caracterizan al sistema interamericano de protección de derechos humanos (pp. 164-167). Para ampliar sobre tales aspectos ver HITTERS, J. C., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 20 años de vigencia”, *LL (La Ley)*, 2001-A-1045.

⁶⁶ En este punto es importante tener presente que el control de convencionalidad “se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza [que el Pacto], integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado” TEXTO PUBLICADO EN EDUARDO OTEIZA (DIR), *SENDAS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA A PRINCIPIOS DEL S.XXI*, 2018, MARCIAL PONS.

interno de la República Argentina, por el otro (disposiciones legislativas, administrativas y de cualquier otro tipo).⁶⁷

En principio, este control es ejercido por un tribunal supranacional como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH. Decimos “en principio” porque la propia Corte ha señalado que también es obligación de los tribunales locales llevarlo adelante.⁶⁸ Estos tribunales pueden ser -igual que con respecto al control de constitucionalidad- de cualquier naturaleza.⁶⁹ En resumidas cuentas, como claramente explica Bazán, el control de convencionalidad se mueve en dos planos: uno que se despliega en sede nacional, a cargo de los tribunales locales; otro que se desarrolla en el ámbito internacional, a cargo de la Corte.⁷⁰ El primero es denominado “control difuso” y el segundo “control concentrado”.

Trabajando sobre el tema, Bazán ha señalado con acierto que -como en tantas otras áreas del derecho internacional- las posibilidades de éxito del control de convencionalidad dependen del grado de receptividad que éste tenga en cada uno de los Estados parte del sistema.⁷¹ Y que este grado de receptividad en sede nacional, a su turno, depende de distintas variables: (i) la interpretación sensata, prudente y legítima que la Corte realice de su propia doctrina en torno a este mecanismo de control; (ii) el trabajo llevado adelante por los operadores jurídicos que se desempeñan en el orden interno de cada país y la voluntad política de las diferentes esferas del gobierno de turno en cada uno de ellos (en particular, de

(voto razonado del juez García Ramírez en CorteIDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, párr. 2).
⁶⁷ HITTERS, J. C., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *LL (La Ley)*, 2009-D-1205. Con asiento en la Opinión Consultiva OC-4/84 Bazán postula que incluso la Constitución Nacional de los Estados debe ser sometida a este control (aun cuando tal tarea no está exenta de serias dificultades prácticas) y trae como ejemplo de este tipo de control el caso de la Corte IDH “La Última Tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile, sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, donde se exigió a Chile modificar su carta magna para eliminar la censura previa (conf. Bazan, 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). En igual sentido se orienta Sagüés, quien además señala que no escapa al control la jurisprudencia constitucional cuando ésta resulta obligatoria para los jueces inferiores (conf. SAGÜÉS, N. P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *LL (La Ley)*, 2009-B-761).

⁶⁸ De acuerdo con Sagüés, este es el mensaje de la sentencia recaída en “Trabajadores cesados del Congreso”: “el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe asimismo practicar el control de convencionalidad. El fallo le reclama, por cierto, tal doble control” (conf. SAGÜÉS, N. P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, *LL (La Ley)*, 2009-B-761).

⁶⁹ Conf. SAGÜÉS, N. P., “El ‘control de convencionalidad’”, cit., [señalando que “razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento ‘a fortiori’, llevan a concluir que esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extra-poder (cuando así ha sido diseñado por la constitución), en las causas sometidas a su decisión”].

⁷⁰ 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.

⁷¹ BAZÁN, V., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit.

sus superiores tribunales de justicia); y (iii) el contenido intrínseco de las decisiones tomadas por la Corte, ya no respecto del alcance del control de convencionalidad sino con relación al fondo de los asuntos que son llevados a sus estrados.

En la República Argentina la receptividad del mecanismo de control de convencionalidad dista de ser ideal. Por un lado, son escasos los precedentes que se ocupan del control de convencionalidad. Por otro lado, en su mayoría se trata de decisiones tomadas por la CSJN. Este último dato no es menor ya que el poder político de la CSJN y el hecho de ser -como ella misma lo ha proclamado- el último custodio del régimen constitucional,⁷² confieren a dicho tribunal una posición estratégica dentro de la estructura de poder desde donde ejercer el control de convencionalidad. Posición estratégica desde la cual, además, puede ir generando consciencia en los jueces inferiores respecto de la necesidad de controlar que los estándares establecidos por la CIDH en materia de derechos humanos sean respetados en la República Argentina.⁷³

Sin embargo, los casos en que este mecanismo ha sido utilizado son pocos y -además- paradigmáticos. En efecto, la CSJN parece haber trabajado sobre (y aplicado) la doctrina del control de convencionalidad tan sólo en asuntos de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos (como son los casos que involucraban las leyes de obediencia debida y punto final, o los indultos presidenciales a los responsables del genocidio ocurrido durante la última dictadura militar), o bien en casos de honda repercusión social (como el que involucraba la prescripción de la acción penal en el caso “Bulacio”, que marcó un antes y un después con respecto al modo de encarar el fenómeno de la violencia policial en Argentina).⁷⁴

Todo esto puede entenderse -al menos en parte- por el hecho que se trata de un mecanismo de control relativamente novedoso, cuya implementación y desarrollo habrá de producirse en forma paulatina y progresiva.⁷⁵ Es de esperar que con el paso del tiempo los tribunales inferiores comiencen también a tomar en consideración la jurisprudencia internacional para resolver asuntos que, aun cuando pueden parecer menores en comparación con los mencionados hace un momento, impactan en forma directa sobre la vida de los usuarios del servicio de justicia.

⁷² Ver por ejemplo lo sostenido en “Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional -Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.- s/ amparo ley 16.986”, CSJN, sentencia del 15/10/98, *Fallos* 321:2767, considerando 6º: “es deber de esta Corte en ejercicio del rol institucional que le cabe por ser la cabeza del Poder Judicial y el custodio último de los derechos y garantías constitucionales, interpretar el art. 43 de la Ley Fundamental”.

⁷³ Ello así aun cuando, como explica OTEIZA, la CSJN “no ha terminado de desarrollar principios previsible en materia de fuerza persuasiva o vinculante de su jurisprudencia” (OTEIZA, E., “Diálogo judicial y control difuso”, cit.)

⁷⁴ Sobre el caso “Bulacio” ver en especial TISCORNIA, S., *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*, Buenos Aires, 2008.

⁷⁵ Ver en general GONZÁLEZ, P., ZÚÑIGA, M., REYES, N., *La Doctrina sobre Control de Convencionalidad y su Aplicación en algunas Experiencias Nacionales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile, 2016.

Para que esto ocurra resulta de fundamental importancia que la CSJN avance en el establecimiento de estándares claros, precisos y administrables que sirvan de guía a los jueces inferiores. Jueces que, ante la ausencia del poder político que tiene el máximo tribunal y ante la posibilidad de que sus decisiones vengan revocadas por la alzada, tenderán a evitar el ejercicio del control de convencionalidad en la medida que no esté bien determinado cómo y cuándo pueden llevarlo adelante.

Sobre el cierre de este trabajo la CSJN dictó una sentencia de suma relevancia en este campo, cuyos alcances todavía no están del todo claros. Nos referimos al caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”,⁷⁶ también conocido como “Fontevicchia” por el apellido de uno de los periodistas beneficiado por la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el año 2011. En dicha oportunidad, la Corte Interamericana declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionarios, protegido en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y dispuso como forma de reparación, entre otras medidas, dejar sin efecto la condena civil impuesta y sus consecuencias.

Con motivo de ello, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a pedido de la Secretaría de Derechos Humanos se presentó ante la CSJN requiriendo el cumplimiento de la sentencia. La cuestión a decidir era si la mencionada orden de la Corte Interamericana que disponía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico” había sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la Convención y podía, por tanto, ser cumplida por la CSJN a la luz del ordenamiento constitucional nacional. La mayoría de la Corte consideró que no.⁷⁷

Las razones que esgrimieron los jueces que la conformaron fueron las siguientes:⁷⁸ (i) si bien las sentencias de la Corte Interamericana son en principio de cumplimiento obligatorio para el Estado, sólo lo son en tanto hayan sido dictadas por la Corte Interamericana dentro del marco de sus potestades remediales; (ii) el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos es subsidiario, coadyuvante y complementario, condición que se manifiesta en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales; (iii) Revocar la sentencia en virtud de la orden de la Corte Interamericana implicaría transformar a dicho tribunal en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por la CSJN, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a

⁷⁶ “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia del 14/02/2017, Expte. N° 368/1998 (34-M).

⁷⁷ Conformada por los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz,

⁷⁸ Conf. Sucunza, M. A., “Efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuarta instancia, cosa juzgada y diálogo entre tribunales”, *International Journal of Procedural Law* (en edición).

dicho sistema; (iv) La Corte Interamericana ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional; (v) revocar la sentencia de la CSJN pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino, los cuales determinan el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado. Ello así, pues el constituyente ha consagrado en el art. 27 de la CN una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la CN, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y guardar conformidad. Entre dichos principios incommovibles se encuentra el carácter supremo y cabeza del Poder Judicial de la CSJN. Revocar la sentencia firme implicaría privarla de su carácter de órgano supremo y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27⁷⁹ y 108⁸⁰ de la CN; y (vi) la interpretación formulada es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, revalidada por la reforma constitucional de 1994, la que al otorgar jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos estableció expresamente que sus normas “no derogan artículo alguno de la primera parte de la CN” (art. 75 inc. 22° de la CN), reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como límite infranqueable para los tratados internacionales.

Las consecuencias de esta decisión -que recibió fuertes críticas desde la doctrina especializada- no están del todo claras, pero parecen significar un retroceso en cuanto al rol asignado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al control de convencionalidad por ella ejercido (cuanto menos en términos de efectividad de la tutela canalizada por esta vía).

VIII. EL ROL DE LA CSJN EN EL ESCENARIO POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y A LA LUZ DE LA RECIENTE REDEFINICIÓN DE LA COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL

La CN de 1853/60 receptó la codificación iluminista de origen francés por un lado, y el esquema de división de poderes instituido por la Constitución de los Estados Unidos de América, por el otro. Ante esta particularidad el rol del Poder Judicial en el marco del sistema no resultaba del todo claro,⁸¹ habiendo evolucionado desde entonces hasta asumir un perfil propio y singular.

En dicha evolución cobra particular importancia la reforma constitucional de 1994, debido a que trajo consigo (o, más bien, intentó hacerlo con suerte dispar) un cambio de paradigma en cuanto respecta al Poder Judicial y su vinculación con el resto de los departamentos de Estado.

Puede decirse que a partir de dicha reforma nació en la República Argentina un Estado garante y promotor de la transparencia del mercado y la

⁷⁹ “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

⁸⁰ “El Poder Judicial será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

⁸¹ Conf. OTEIZA, E., *La Corte Suprema*, cit., La Plata, 1994.

libre competencia (conf. art. 42, párr. 2º), al mismo tiempo que proveedor de la prosperidad del país (conf. art. 75, inc. 18), del desarrollo humano y del progreso económico con justicia social (art. 75, inc. 19). La reforma también incorporó con status constitucional diversos pactos internacionales sobre derechos humanos, económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, reforzando así su compromiso con sus habitantes y con el sistema interamericano de protección de derechos humanos (art. 75 inc. 22º).

De este modo, la creciente complejidad de las relaciones sociales y económicas que caracterizan al mundo globalizado actual encontró eco en un texto constitucional que pretendió generar un marco adecuado para atender eficazmente al desarrollo del país. Sin embargo, la institucionalización de las demandas sociales en la CN generó una serie de problemas de armonización interpretativa y de compatibilización de intereses por parte de los poderes públicos, especialmente por parte del Poder Judicial y la CSJN.⁸²

La reforma que abrió paso a este nuevo modelo de Estado -sin duda aún en construcción- tuvo como objetivo declarado el de consolidar y perfeccionar el sistema democrático, generando un nuevo equilibrio en el funcionamiento de los tres órganos clásicos del poder a efectos de lograr la atenuación del sistema presidencialista, el fortalecimiento del rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.⁸³

En este nuevo escenario, el Poder Judicial ha visto recaer sobre sus espaldas el deber de definir los alcances y -en muchos casos- hasta la vigencia del mínimo existencial de numerosos “nuevos derechos”, y al mismo tiempo el deber de controlar al resto de los poderes y asumir en esa tarea un papel moderador de la multiplicidad social.

La experiencia de las últimas dos décadas en Argentina demuestra que el Poder Judicial se encuentra muy lejos de ser la cenicienta del sistema constitucional. Una creciente participación de la ciudadanía en el control de la cosa pública, traducida en la judicialización de numerosos conflictos que antes no eran sometidos a discusión, ha otorgado al Poder Judicial la oportunidad de tomar activa intervención en la función de gobierno de nuestro país. Judicialización que resulta en parte paradójica en el marco de una sociedad que, en su gran mayoría, descrea abiertamente del Poder Judicial.⁸⁴

Desde esta perspectiva, es posible observar cómo el ejercicio cada vez más acentuado del poder de controlar la convencionalidad y constitucionalidad de leyes y actos administrativos ha permitido que su actuación -y muy

⁸² Conf. GELLI, M. A., “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional”, *L.L.*, 1995-C-1142.

⁸³ Conf. GELLI, M. A., “Relación de poderes en la Reforma Constitucional de 1994”, *L.L.*, 1994-D-1086.

⁸⁴ En este sentido, Oteiza recuerda las palabras de Berizonce respecto a que “la opinión general considera al Poder Judicial como ineficiente y hay coincidencia sobre su desprestigio, pero al mismo tiempo se acude a él en búsqueda de soluciones no solamente para los conflictos individuales sino también para aquellos que involucran intereses públicos en procesos colectivos, ante la incapacidad de los poderes políticos para satisfacer tales demandas” (conf. OTEIZA, E., “El rol actual de la jurisprudencia y los métodos de uniformación”, Relato por América Latina en el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en la Universidad Tor Vergata, Roma, Mayo de 2002, cap. II).

especialmente la de su órgano mayor, la CSJN- influya de manera directa y decisiva sobre el resto de los actores de la vida institucional argentina. Numerosas decisiones judiciales han modificado el desarrollo de políticas públicas y han forzado la prosecución de otras, haciendo jugar a los jueces un rol determinante en el desarrollo económico y social del país, así como también en el control del proceso democrático.

En este sentido el desarrollo histórico y evolutivo del tema nos muestra hoy una CSJN cuyo rol institucional y político, construido sobre las señaladas premisas constitucionales, se ha profundizado drásticamente desde comienzos del año 2009. Y una de las principales causas de este fenómeno está, justamente, en la intervención cada vez más frecuente del Poder Judicial en el marco de conflictos colectivos cuya solución requiere controlar la constitucionalidad o convencionalidad de acciones y omisiones del resto de los poderes del Estado en materia de políticas públicas (especialmente aquellas vinculadas con sectores de la población tradicionalmente postergados, desprotegidos o desaventajados),⁸⁵ y en ocasiones dictar complejas órdenes estructurales para remediar situaciones igualmente complejas. Esta intervención ha permitido al máximo tribunal consolidar su rol institucional en tanto poder de Estado al tomar decisiones con consecuencias sociales, políticas y económicas de alto impacto.⁸⁶

No podemos dejar de señalar que en el año 2009 la CSJN adhirió a las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”,⁸⁷ y exactamente el mismo día redefinió la noción de “causa o controversia” al dictar sentencia en “Halabi”, receptando la noción “causa o controversia colectiva” y ampliando de tal modo el escenario de discusión de conflictos ante los estrados de la justicia.⁸⁸ En otras palabras, ampliando de tal modo su poder.

⁸⁵ La CSJN utilizó la terminología “tradicionalmente postergados” o “débilmente protegidos” para referirse a estos sectores de la población al pronunciarse en “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/02/09, *Fallos* 332:111.

⁸⁶ Ver SUCUNZA, M. A., “La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos: conceptualización e interpelaciones en pos de su concreción”, *Microiuris*, 10 y 11 de Julio de 2014, MJ-DOC-6787-AR y MJ-DOC-6788-AR (señalando que “en esta última década se ha constatado una paulatina resignificación del rol institucional del poder judicial, el cual se ha posicionado como un verdadero poder de Estado llamado a dialogar con el resto para la construcción, mejoramiento y perfeccionamiento de las políticas institucionales y públicas que propenden, promueven, reconocen u operativizan derechos, marcando y consensuando la agenda de gobierno”).

⁸⁷ La adhesión se produjo mediante la Acordada CSJN N° 5/2009, del 24/02/2009. Estas reglas “tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial” (Capítulo I: PRELIMINAR, Sección 1ª.-Finalidad(I)).

⁸⁸ En “Halabi” la CSJN sostuvo que la “causa o controversia” se configura de manera diferente según el tipo de derechos que se encuentren en disputa, abriendo paso así a la idea de “causa o controversia colectiva” como algo diferente a la tradicional “causa (individual)”. Ver en este sentido el Considerando 13° del voto de la mayoría (“De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”) y el Considerando 11° (“En este tipo de supuestos, la prueba de TEXTO PUBLICADO EN EDUARDO OTEIZA (DIR), SENDAS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA A PRINCIPIOS DEL S.XXI, 2018, MARCIAL PONS.

Debemos aclarar que desde su formulación original, la CN confiere al Poder Judicial un cúmulo de competencias exclusivas e irrenunciables vinculadas con la resolución de conflictos siempre que éstos sean introducidos en su seno en forma de “causa o controversia” (art. 116 CN, norma determinante de la competencia judicial).⁸⁹ Hasta el año 2009 la CSJN sólo reconocía expresamente su competencia para entender en “causas individuales”, pero desde “Halabi” hizo lo propio con las “causas colectivas” (especialmente aquellas que involucran grupos vulnerables). De esta forma lo que hizo el tribunal fue ampliar drásticamente la esfera de competencia del Poder Judicial y así, también, su poder político en tanto cabeza de dicho departamento de Estado.⁹⁰

En el contexto argentino la doctrina jurisprudencial sobre “causa o controversia” se muestra como un instrumento discursivo que tradicionalmente utilizó el Poder Judicial para mantenerse al margen de ciertas discusiones de alta frecuencia política y que ahora, desde el año 2009, ha comenzado a invocar para involucrarse de lleno en ellas.

Es el propio Poder Judicial quien determina los alcances de su competencia mediante la interpretación que acuerda a la señalada noción de “causa o controversia”. Desde esta perspectiva es interesante observar cómo esta discusión ha venido a ocupar en la jurisprudencia el lugar que inicialmente tenía la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables,⁹¹ y que luego pasó a ocupar en gran medida la doctrina de “falta de legitimación activa”.⁹²

Este nuevo rol de la CSJN, que venía insinuándose desde comienzos de la década del 2000 y que tuvo su punto de inflexión con el dictado del precedente “Halabi”, llevó al tribunal a establecer pautas y reglas de debate especiales con el

la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa”). Sobre el redimensionamiento de la noción de “causa” antes de “Halabi” ver MAURINO, G., NINO, E., SIGAL, M., *Las acciones colectivas*, Bs. As., 2005, pp. 210 y ss.; SALGADO, J. M. “La corte y la construcción del caso colectivo”, *L.L. Sup. Const.*, 2007 (junio), 1; VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Bs. As., 2007, capítulo II, apartado 4.

⁸⁹ El art. 116 de la CN establece en su parte pertinente que “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...” (subrayado agregado).

⁹⁰ VERBIC, F., “Un nuevo proceso para conflictos de interés público”, *L.L.*, 2014-F-805.

⁹¹ Sobre los alcances y usos de esta doctrina ver el trabajo de Haro, R., “El control jurisdiccional y las ‘cuestiones políticas’: Nuevas perspectivas”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar> (última visita el 24/08/14).

⁹² Sobre la función política que tuvo (y tiene) la doctrina sobre legitimación colectiva en Argentina me remito a VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, cit., Capítulo II, § 27 (sosteniendo que “si bien el debate sobre las aristas puramente técnicas del tema no se encuentra agotado ni mucho menos, podremos ver cómo en la República Argentina las divergencias teóricas en torno a la legitimación colectiva se han visto en gran parte opacadas en la práctica cotidiana por la función política del instituto. Éste parece haber ocupado en la escena jurisprudencial un lugar que otrora correspondía casi con exclusividad a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables”). Es particularmente demostrativo de esta función el alcance que la CSJN acordó a la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo de la Nación en los diez primeros años que siguieron a la reforma constitucional de 1994 (para el análisis de esa jurisprudencia ver Verbic, F., “La (negada) legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva. Buscando razones a la doctrina de la Corte Suprema”, *RDP*, 2007-1).

TEXTO PUBLICADO EN EDUARDO OTEIZA (DIR), *SENDAS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA A PRINCIPIOS DEL S.XXI*, 2018, MARCIAL PONS.

objetivo de cubrir el vacío legal que, según hemos visto, todavía caracteriza la discusión, procesamiento y resolución de conflictos colectivos antes los estrados de la justicia.

Fue con ese objetivo que se dictaron las distintas regulaciones a que hicimos referencia en el apartado VI de este trabajo, tendientes a establecer instrumentos que permitan abrir el debate a la sociedad y robustecer la discusión, mejorar las condiciones de publicidad y transparencia en este tipo de procesos, y contar con elementos de juicio que le permitan dimensionar el eventual impacto de sus decisiones en términos de macroeconomía.

La implementación concreta de estos instrumentos, sin embargo, está todavía muy lejos de poder considerarse adecuada. Tomemos como ejemplo dos de ellos. En primer lugar el instituto de los *amicus curiae*. Desde el año 2004 podemos ver en la página web oficial del tribunal que sólo han sido publicadas ocho causas como habilitadas para la intervención de esta figura. Esto es particularmente delicado si tenemos en consideración la gran cantidad de casos de relevancia institucional que la CSJN ha resuelto desde entonces, y también si consideramos que la reforma a la reglamentación de esta figura operada en el año 2013 fue motivada en críticas de organizaciones del tercer sector por falta de debida implementación.

El segundo ejemplo son las audiencias públicas, respecto de lo cual la situación es bastante parecida. De acuerdo con la información del Centro de Información Judicial (CIJ), desde el año 2008 hasta el mes de noviembre de 2015 fueron celebradas 25 audiencias públicas de diversa índole.⁹³ Aquellas que fueron realizadas resultaron sumamente relevantes, pero -nuevamente- se trata de un número escaso si comparamos su número con el volumen de asuntos de enorme trascendencia institucional, social, política y económica que la CSJN ha resuelto durante los últimos años.

La acuciante actualidad y el enorme poder político que ha adquirido la CSJN exige otra toma de posición institucional de parte del tribunal para implementar estos mecanismos participativos adecuadamente en pos de avanzar en el cumplimiento de los señalados objetivos de apertura, participación y transparencia.

IX. EL PROGRAMA JUSTICIA 2020

En el mes de diciembre de 2016 el nuevo Ministro de Justicia y Derechos Humanos de Argentina anunció una agenda de trabajo en el campo de la reforma procesal mediante el lanzamiento del Programa “Justicia 2020”.

Se trata de una ambiciosa iniciativa que tiene por objetivo lograr una reforma integral del sistema de administración de justicia en base a “la elaboración, implementación y evaluación de políticas para construir, junto a la

⁹³ Ver el sitio web especialmente implementado para su difusión acá:

<http://www.cij.gov.ar/audiencias.html> (último acceso el 25/04/2017). Año - Número de audiencias: 2008 - 5 / 2009 - 4 / 2010 - 2 / 2011 - 2 / 2012 - 6 / 2013 - 2 / 2014 - 2 / 2015 - 2.

TEXTO PUBLICADO EN EDUARDO OTEIZA (DIR), SENDAS DE LA REFORMA DE LA JUSTICIA A PRINCIPIOS DEL S.XXI, 2018, MARCIAL PONS.

sociedad, una justicia que genere resultados socialmente relevantes y permita la solución de los conflictos en forma rápida y confiable”.⁹⁴

Teniendo en miras este objetivo general, el Programa propone trabajar de manera intensiva en el aspecto social, señalando que la justicia no sólo existe en los juzgados y las sentencias sino que debe ser promotora de una mejora permanente para la calidad de vida de la gente. En esta línea toma como premisa tres ideas directrices para guiar la reforma: mayor cercanía con la gente, modernización del servicio y mayor independencia y transparencia.

En cuanto a la primer línea directriz, el Programa hace especial hincapié en factores tales como: (i) la incapacidad de la población en general de acceder a los centros de justicia; (ii) la necesidad de reforzar los mecanismos existentes para brindarle a la población asistencia jurídica, psicológica y social, en especial a víctimas de la violencia de género y trata de personas; (iii) un énfasis en los medios alternativos de resolución de conflictos, considerando -siempre a juicio del proyecto en comentario- que las personas podrán tener mayor poder de decisión, menor tiempo para la obtención de una solución a su conflicto y ventajas de economía procesal al concurrir para generar un mayor descongestionamiento de los juzgados; (iv) la implementación de juicios orales que transformen el sistema lento e ineficiente en uno más ágil, sencillo y accesible para la gente, además de señalar la necesidad de que el vocabulario judicial de los procesos escritos, anticuado y complejo, se transforme en uno comprensible para el público en el sistema oral.

Con respecto a la modernización del servicio, la incitativa se sostiene principalmente en el incremento exponencial de la demanda de trabajo al sistema judicial. Un sistema que cuenta con una estructura anticuada e incapaz de responder adecuadamente frente a tal demanda. Entre las propuestas más relevantes sobre este tema encontramos el uso del legajo digital y su gestión electrónica, lo que permitirá despapelizar el sistema, agilizar los trámites y facilitar el acceso remoto a las fuentes de información. Asimismo, se destaca la incorporación de tecnología para las investigaciones criminales orientadas a desbaratar las redes de corrupción, narcotráfico, lavado de activos y trata de personas,

En cuanto al objetivo de lograr una mayor independencia y transparencia, se propone fortalecer la confianza en los principios, normas y procedimientos del Estado. Para ello, se afirma en el Programa, es necesario asegurar la autonomía de los jueces, fiscales y defensores. Desde esta perspectiva se busca evitar la politización en la elección de magistrados y, a tal efecto, se propone realizar una reforma en la ley del Consejo de la Magistratura (órgano judicial encargado de los concursos y selección de ternas para magistrados de los tribunales inferiores de la Nación). También se busca promover la transparencia institucional y la lucha contra la corrupción, impulsando un proyecto de ley de acceso a la

94 GARAVANO, G. C., CHAYER, H. M., “Agenda anotada para la justicia Argentina 2020”. Ver también el documento oficial del proyecto emitido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos “Política de Estado: Justicia 2020”, disponible acá: <http://www.jus.gob.ar/media/3139950/JUSTICIA%20VEINTEVEINTE.pdf> (último acceso el 25/04/2017).

información pública tanto en materia judicial como legislativa, empresarial y bancaria.

X. BALANCE Y PROSPECTIVA

En la República Argentina, el análisis de la evolución de las reformas procesales y orgánicas demuestra que -como sostiene Oteiza- “el Congreso Nacional ha mostrado poca preocupación por asegurar el derecho al debido proceso. Pareciera imperar una lógica legislativa según la cual los derechos se consagran sin importar las vías para lograr que sean respetados”. Compartimos plenamente la afirmación que sigue a ese hecho comprobado de la realidad, según la cual “El descuido por los instrumentos procesales y por dotar a la justicia de una estructura que le permita atender con celeridad, efectividad y adecuada ponderación los reclamos individuales y colectivos se ha transformado en una constante tan fuertemente arraigada que paulatinamente ha ido dejando de lado el debate sobre una reforma judicial civil que resulte compatible con los derechos constitucionales y convencionales, que imponen el deber del Estado de asegurar el derecho al debido proceso”.⁹⁵

Los ordenamientos procesales argentinos en vigor requieren una urgente transformación para su adecuación a los derechos y garantías fundamentales consagrados en la reforma constitucional de 1994 y las convenciones sobre derechos humanos que vinculan al país. Esta transformación debe comenzar con el resguardo del acceso irrestricto a la justicia y la tutela judicial eficiente, con sus corolarios esclarecidos en la doctrina.

La experiencia judicial acumulada, en consonancia con el movimiento de reformas estructurales que se desarrolla en la región -reafirmado por los modernos regímenes de Colombia de 2012 y Brasil de 2015- permite avizorar ciertos ejes que deberán nutrir las transformaciones. En primer plano, la adopción del proceso por audiencias ante jueces unipersonales, cuyas decisiones podrán ser impugnadas en alzada plena ante un tribunal colegiado. En segundo término, la implementación de concretos ajustes, rediseño e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos. Entre ellos, en rango principal y enumeración no excluyente: (i) rediseño de los tipos procesales para regular, junto a los procesos de cognición plena, aquellos otros sumarios para la tutela provisoria en casos de urgencia o evidencia del derecho, mediante resoluciones directamente ejecutables aunque sujetas a revisión en el marco más amplio de la cognición plena; (ii) régimen especial para la tutela preferente de los derechos fundamentales “prestacionales” o “sensibles”; (iii) procedimientos de instrucción preliminar y acción autónoma de prueba; (iv) nuevo equilibrio entre los poderes del juez y el marco de actividad de las partes, por virtualidad del principio o máxima de colaboración y del contradictorio sustantivo; (v) rediseño de la gestión judicial -*case management*- en consonancia con las nuevas tecnologías; (vi) régimen adecuado de procesos colectivos; (vii) régimen de cumplimiento y ejecución de la sentencia; (xiii) ajustes del sistema recursivo, incluyendo el valor de los precedentes; (ix) procesos de estructura monitoria.

⁹⁵ OTEIZA, E., “¿Debemos reformar la justicia civil?”, cit.

Es inescapable responsabilidad de nosotros los estudiosos del proceso - como afirma Mauro Cappelletti- clarificar con precisos análisis las realidades tan complejas que nos toca vivir, los términos objetivos de la situación, poner en claro todos los posibles datos de comparación, preparar, en suma, las bases científicas de una reforma.⁹⁶

A la hora del cierre compartimos lo sostenido por Oteiza en cuanto a que “Las respuestas del Estado a la conflictividad social, originada en las relaciones de carácter individual o colectivo, que se intentan mediante procesos judiciales o alternativas extrajudiciales destinadas a proteger derechos, responden a tradiciones, valores y creencias que las definen y les dan forma. La normativa procesal y la organización de los tribunales son expresiones elocuentes de un entramado complejo de posicionamientos con respecto a los mecanismos que se consideran apropiados a lo largo del tiempo para resguardar los derechos”.⁹⁷

Lo último y más importante: sin una voluntad política seria que lo sustente, sin una verdadera y propia “política de la justicia”, no puede haber reformas sustentables en el sistema judicial. En tiempos como los nuestros, de aguda crisis, incertidumbres y angustias, en los cuales los valores supremos vuelven a estar en discusión, se patentiza la necesidad de llegar al fondo de las cosas, calando hondo y aguzando el ingenio y la imaginación en la búsqueda de las propuestas más inteligentes para la construcción de un sistema nuevo, adecuado a los tiempos que corren y más humano.⁹⁸

⁹⁶ CAPPELLETTI, M., *Proceso, ideologías, sociedad*, Bs. As., 1974, p. 291.

⁹⁷ OTEIZA, E., “¿Debemos reformar la justicia civil?”, cit.

⁹⁸ Ob. cit., Introducción, pp. IX-XII.