

# REVISTA DE **INTERÉS PÚBLICO**

Directora:  
**DRA. M. CARLOTA UCÍN**

Año 3/ N° 4  
ISSN 2545-8604

**EXTENSIÓN**



Facultad de Ciencias  
**JURÍDICAS  
Y SOCIALES**  
Universidad Nacional de La Plata

---

Editor: Adolfo **Brook**

Directora: María Carlota **Ucín**

Consejo Asesor:

**ATIENZA**, Manuel, Universidad de Alicante, España

**BERGALLO**, Paola, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

**BERIZONCE**, Roberto, Prof. Emérito, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

**BRINKS**, Daniel, University of Texas at Austin, USA

**GARGARELLA**, Roberto, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

**GROSMAN**, Lucas, Universidad de San Andrés, Argentina

**MAURINO**, Gustavo, Universidad de Palermo, Argentina

**PAUTASSI**, Laura, CONICET, Universidad de Buenos Aires, Argentina

**PUGA**, Mariela, Universidad Nacional de Córdoba y Entre Ríos, Argentina

**SABA**, Roberto, Universidad de Palermo, Argentina

**SANTIAGO**, Alfonso, Universidad Austral, Argentina

**SOZZO**, Gonzalo, Universidad Nacional del Litoral, Argentina

**TARUFFO**, Michele, Universidad de Girona, España.

Secretaría de redacción:

**ABAN BURGOS**, Guillermo

**GILES**, Alejo

**KALAFATICH**, Caren

**MINATTA**, Olivia

**TIZIO**, Gaspar

**UCÍN**, Francisco J.

Asistente de la Secretaría de redacción:

**AZPELIQUETA**, Paula

Diseño gráfico:

**PONTI**, Marcelo J.

Periodicidad anual Año 3, N°4

ISSN 2545-8604

Revista electrónica dependiente de la Secretaría de Extensión Universitaria, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, calle 48 N° 582 entre 6 y 7

---

# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>4</b>
<b>EXPERIENCIAS DE LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO</b>	
-En búsqueda del título negado. Un viaje con Lorenzo y Flavia	
<i>José María Martocci</i>	<b>8</b>
-La Clínica Jurídica desde adentro: techo de cristal en el Poder Judicial bonaerense	
<i>Marina Acosta , Noelia García y Candela Pérez Crispiani</i>	<b>23</b>
<b>ARTÍCULOS</b>	
-Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva	
<i>Edilson Vitorelli</i>	<b>43</b>
-Decido, luego razono...Ensayo sobre la arbitrariedad que se esconde detrás del caso CEPIS	
<i>Augusto Martinelli</i>	<b>75</b>
<b>APÉNDICE MULTIMEDIA</b>	
-Conversando con <i>Toshitaka Kudo</i>	<b>102</b>
Entrevista al Profesor Toshitaka Kudo, especialista en acciones colectivas en Japón	

---

## PRESENTACIÓN

Otra vez, el año se acerca a su fin. Otra vez, todos sentimos su peso sobre nuestra espalda. Pero nada ha sido en vano. Cada tarea, leída a su mejor luz, nos muestra que cuando se ve inspirada por valores superiores a los que sirve, cobra entonces, otra dimensión. Así, la labor que se plasma en los trabajos que esta revista difunde, muestran eso, convicción, compromiso y varias vidas puestas al servicio de ideales. No otros que los que nuestra Constitución promete para una vida mejor. No muy diferentes de aquellos por los que todos nosotros, como Abogadas y Abogados, hemos jurado alguna vez.

El llegar a este momento de cierre de la Revista no nos es indiferente, porque siempre coincide con estos meses de días cortos y plazos apremiantes. Sin embargo, la conclusión de un nuevo número de la ReDIP es en sí mismo, un motivo de celebración para quienes formamos parte de este equipo. En primer lugar, porque la idea, antes soñada y luego naciente, sigue dando pasos. Se gesta lentamente, como lo hacen las cosas que merecen reposo y cuidado. Pero no se detiene. Además, porque tenemos cerca nuestro, gente que comparte nuestra mirada sobre el Derecho y trabaja por darle vida al Litigio de Interés Público. Y por último, porque sus voces se van sumando a este concierto y se gesta un foro que se enriquece con cada relato, con cada reflexión.

Así, entonces, mientras los tilos maduran sus frutos y los jacarandás tiñen las diagonales de esta ciudad, nosotros ofrecemos también el producto de nuestro trabajo anual. Este número, como es habitual, cuenta con tres secciones: la dedicada a las *“Experiencias de Litigio de Interés Público”*, la de los *“Artículos”* y el *“Apéndice Multimedia”*. En el primer apartado, se puede encontrar la experiencia narrada por José María Martocci, a partir del caso de Lorenzo y Flavia, en su extenso recorrido por la igualdad educativa en el marco de un proceso de inclusión. El autor, en su trabajo nos muestra los efectos transformadores que puede tener la metodología de Clínicas Jurídicas cuando es aplicada a provocar una revisión de ciertas prácticas sociales. De esta manera, es posible ponerlas en crisis y luego, provocar su reversión y ajuste a cánones constitucionales y de respeto de derechos fundamentales.

En particular, el caso descrito, da cuenta del camino de sus protagonistas, no libre de obstáculos, para obtener un título secundario igual al

---

de sus compañeros sin discapacidad. El derrotero de esta batalla, silenciosa pero no por ello menos triunfal, concluyó en la sentencia definitiva y consentida por el Estado bonaerense, que ordenó entregar a Flavia y a Lorenzo un título que diera cuenta de su recorrido formativo pero sin ninguna mención que pudiera significar darles un trato discriminatorio, equiparándolos así al resto de sus compañeros de aula.

Esta primera sección, cuenta además con la contribución de Marina Acosta, Noelia García y Candela Pérez Crispiani, todas ellas Abogadas integrantes de la Clínica de Derechos Humanos de esta Facultad. Su trabajo nos muestra la labor de las Clínicas jurídicas desde dentro. Se desnudan las motivaciones, los desafíos y las reflexiones que acompañan la construcción de un “caso clínico”. Las autoras nos comparten el recorrido de investigación, iniciado con un malestar que las interpelaba en primera persona. Describen un tránsito y objetivan en cifras su mirada crítica respecto de la composición del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Su diagnosis no puede ceñirse a este sector de la rama judicial, aunque su tarea ulterior deba circunscribirse a éste. Vuelven sobre el problema del “techo de cristal” y su consecuente límite para el ascenso de las mujeres hacia posiciones de liderazgo al interior de ciertas instituciones. Este proceso de transformación a través de una Clínica Jurídica apenas está iniciado. Resta mucho por aprender de cuanto ellas nos puedan seguir transmitiendo. Esta primera entrega, sin embargo, ya puede servir a quienes se encuentran trabajando en temas afines para comprender que no es simple la tarea. Que sólo el compromiso por la igualdad puede instarlo y que en cualquier caso, de nosotras depende correr los obstáculos que nos impiden lograr la merecida igualdad.

En la sección segunda, se publican los artículos de Edilson Vitorelli y Augusto Martinelli. El primero de los autores nos ofrece una interesante propuesta para revisar las categorías de los derechos de incidencia colectiva. Es sabido que las nociones de derechos individuales homogéneos, colectivos y difusos, tienen su raigambre en el Derecho brasileño y han servido de base para el desarrollo del Derecho comparado. Esta expansión de las categorías, probablemente se explique, entre otras razones, por su incorporación, no sin adecuaciones, al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Vitorelli, desde una mirada crítica, presenta las debilidades de esta clasificación y propone un cambio en la conceptualización, atendiendo ahora al derecho que subyace a los planteos que son judicializados.

---

Martinelli, nos propone una lectura alternativa sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso CEPIS, que decidió anular el aumento de las tarifas del servicio público de gas natural en relación con los usuarios residenciales. Su análisis, expone una lectura política del caso a la luz de una reconstrucción argumentativa de la decisión del Máximo Tribunal Federal. Su riqueza se desenvuelve en el cruce de autores empleados para realizar dicha tarea, siempre interesante, de entender a los órganos colegiados y sus decisiones.

Por último, en la tercera sección apendicular, se puede leer la conversación con el Profesor Toshitaka Kudo, docente de la Universidad de Keio, especializado en acciones colectivas en Japón. Esta entrevista fue realizada en Buenos Aires, en ocasión de una visita académica del Profesor a nuestro país. En dicha ocasión, pudimos dialogar y acercarnos aún más a la realidad del país nipón, que pese a su distancia geográfica y cultural, insinúa trazos de afinidad con los países iberoamericanos.

Así entregamos a ustedes este nuevo número, con el deseo de poder seguir siendo fieles a nuestro propósito de dar cuerpo teórico y reflexivo a la práctica del Litigio de Interés Público. Favoreciendo la construcción de un espacio para dar a conocer sus experiencias con todo el valor que encierran y el ánimo de que pueden contagiar a quienes comparten sus valores. Aguardamos aquí sus aportes, la Revista no tendrá vida sin su voz. Les invitamos pues, especialmente, a integrarse a este diálogo, enviando sus contribuciones y comentarios para ser parte de este foro y que su llama no se apague.

Por último, y antes de concluir, nos toca y agradecer sinceramente a quienes de manera protagónica han hecho esto posible, las autoras y autores que han colaborado para este número. Como cada año, reiteramos nuestra gratitud hacia la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS, en la persona de su Secretario Adolfo Brook, por darnos el espacio para desarrollar esta idea. Apreciamos especialmente la labor concreta de todo el equipo de la Secretaría y en particular de Marcelo Ponti, a cargo de la edición gráfica de la revista.

**La Plata, diciembre de 2019.**  
**María Carlota Ucín**  
**Directora**

# Experiencias de litigio de Interés Público

---

# En búsqueda del título negado

## Un viaje con Lorenzo y Flavia

Abog. José María Martocci<sup>1</sup>

*¿Cómo saber qué abre una puerta al cerrarse?*

Roberto Juarroz, *Poesía Vertical*.

**RESUMEN:** Lorenzo y Flavia son dos jóvenes con discapacidad. Concluyeron sus estudios secundarios mediante ajustes y apoyos, superando todas las evaluaciones. En el año 2017 el Estado provincial les negó el título que acredita el fin del ciclo y habilita para el trabajo y la continuidad en sus estudios. Llegan a la Clínica Jurídica en Discapacidad, a partir de lo cual inician una intervención, primero administrativa luego judicial, para obtener el título sin discriminación. En el trabajo que sigue analizamos las derivas de este caso, el impacto del cambio convencional en las prácticas y regulaciones internas y lo que nos enseñó.

**PALABRAS CLAVES:** discapacidad; Clínica Jurídica; título secundario.

**ABSTRACT:** Lorenzo and Flavia are two young people with disabilities. They concluded their high school studies with accommodations and supports, and passed all the exams. In 2017, the Province of Buenos Aires denied to deliver their diplomas, which are required both to work and to continue their studies. With the support of the Clinic for Persons with Disabilities of the University of La Plata, Lorenzo and Flavia filed administrative and judicial claims to obtain their diplomas without discrimination. In this article we analyze this case and its implications, the impact of conventional change on internal practices and regulations and what it taught to us.

**KEYWORDS:** disability; Legal Clinic; High school title.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNLP). Director de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad. Director del Seminario intensivo en Derechos Humanos.

---

## I. Uno: introducción al tema

Flavia y Lorenzo son jóvenes con discapacidad. Llegan a la Clínica Jurídica en Discapacidad con sus madres. Son sus madres quienes narran su historia. Escuchamos con atención una exposición que da cuenta del trayecto seguido por estos jóvenes para que la institución escolar, en los tres ciclos, les incluya, reconozca su singularidad y diseñe los ajustes y apoyos que necesitan para hacer realidad su derecho a la educación.

Al cabo de los dos relatos hacemos preguntas, algunas las dirigimos a Flavia y Lorenzo, que responden con timidez y serena convicción acerca del derecho que intuyen tienen a remediar el daño que el Estado les causa.

Se trata de un Estado conformado por personas adultas, sin discapacidad, docentes, funcionarios/as, inspectoras/es, directivos/as. Esta institución llamada Estado actúa una voluntad conformada en esa red de prácticas, una “servidumbre maquina” –esto es, la aceptación acrítica de lo existente- que interpreta normas de manera insular y mecánica, que impone su posición de dominio, que reproduce lo que se viene haciendo y un cierto sentido común, un prejuicio, que naturaliza que Lorenzo y Flavia deben acceder a un título devaluado (De Cabo Martín, 2014, p. 76). Y que su tránsito por la escuela común fue una excepción, una gracia, un permiso, una distracción del sistema.

Por supuesto que las y los operadores citan normas internas de la propia Dirección de Escuelas, un entramado regulatorio de la llamada “educación especial”, que rige la materia con independencia de todo paradigma constitucional de derechos humanos –esto es, de dignidad y no discriminación- y que desatiende –o ignora- el impacto transformador de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención) con su vigorosa apuesta por el derecho a la educación inclusiva, a la condición de sujeto y a la vida independiente de toda PCD.

Así, la Dirección de Escuelas edifica y reproduce una normatividad propia, que se inscribe en la red de sentido que concibe a la discapacidad como minusvalía, como invalidez, y a su colectivo como población sobrante.

## II. Dos: cómo pensar la complejidad

No demoramos en reconocer que estábamos frente a un problema complejo, que superaba el estado de nuestra comprensión, que desafiaba ciertos abordajes, que corría la frontera de lo pensado.

No era, claro está, sólo invocar una norma para obrar un cambio. Estábamos frente a una práctica institucional blindada por años al reclamo de sus damnificados. Debíamos dar algunos pasos en el camino de empezar a comprender:

Los repasamos:

Primero, debíamos desmontar la autoridad de una resolución interna –la Res. 4635/11- que discrimina a dos jóvenes con discapacidad que reclaman su título secundario habilitante y sin discriminación.

Segundo, para este fin debíamos explorar dónde residía -si la había- la contradicción entre la norma interna de la Dirección de Escuelas y el nuevo paradigma constitucional de derechos humanos, enriquecido por la Convención.

Tercero, debíamos, para esto, remontar los principios que vertebran la Convención y la constituyen en un nuevo modelo para pensar la discapacidad y su inclusión en el mundo. Debíamos construir, a partir de ella, la noción de “educación inclusiva”, sus fundamentos, sus características, su alcance. Es decir, comprender una teoría pedagógica (la de la “educación inclusiva”) que supera la cuestión de la discapacidad para derramarse en una teoría general de la escuela, del aula, del enseñar, del aprender, para todos y todas, sin excepciones. Pensar la escuela como espacio común, como tránsito y alojamiento de lo diverso, como desafío de cambio para nuevas dinámicas. No olvidemos que aún hoy el destino para niños/as con discapacidad -sea esta intelectual, madurativa o física-, es la reclusión en “escuelas especiales”; o bien la “integración educativa”, donde la escuela común normalizadora deja entrar pero no hace nada para alojar esa singularidad discordante (la “escuela de Procasto”, en términos de Daniel Valdez, 2017).

Cuarto, debíamos mostrar que la idea que proponíamos de “educación inclusiva” no era sólo la adhesión a otro modelo pedagógico, sino que tenía carácter normativo, es decir, que era vinculante para la autoridad provincial. Y que dentro de los desarrollos de distintos organismos de Naciones Unidas vinculados a la materia y a la Convención, que le daban contenido normativo al derecho a la educación inclusiva que consagra el art. 24, estaba sin duda el

---

derecho a obtener un certificado o título que acredite el fin del ciclo, que habilite a trabajar y a continuar los estudios sin discriminación en razón de discapacidad (art. 2, Convención).

Como vemos, la *praxis* clínica se hacía presente en la necesidad de construir un saber que no tenemos, en desarmar el imaginario que llega hasta nosotros, en abrirnos a interrogantes y resignificaciones, y asumir, claro está, nuestra propia fragilidad. Avanzamos sobre esto con una ventaja: sentíamos la injusticia y el deseo de repararla, aún antes de saber cómo articularla como discurso jurídico.

### III. Tres: la acción

Aunque el proceso luego derivó en una demanda judicial única<sup>2</sup>, abordamos previamente cada caso a través de reclamos administrativos dirigidos a la autoridad educativa tanto de la Dirección de Escuelas como de cada establecimiento. Estos reclamos nunca fueron respondidos. Presentamos un “pronto despacho” que tampoco obtuvo respuesta. La única comunicación que recibimos -a cuyo fin hubo una citación formal- fue la intimación para pagar el anticipo previsional y el bono ley 8480 de la representación letrada. Acompañamos estos reclamos administrativos con su divulgación en redes y en el diario local. También involucramos al Defensor del Pueblo y a la Secretaría de Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires. Al cabo de un año de espera –un año de silencio- presentamos la demanda judicial.

Luego de destacar la actitud desvalorizante del Estado provincial respecto a jóvenes con discapacidad, la demanda abordó dos argumentos principales, a saber: 1) que el título “no homologable” era discriminatorio; y que 2) la negativa a otorgar un título sin discriminación por razón de discapacidad violaba el art. 24 de la Convención, esto es, el derecho a la educación inclusiva.

El primer argumento responde a la pregunta acerca de ¿por qué razón estos jóvenes con discapacidad reciben un trato diferente que devalúa su título? Si no hay respuesta, vale decir, si no hay una razón atendible (ocasionalmente puede haber distinciones justificadas que el Estado debe expresar), entonces el trato deviene discriminatorio en razón de su discapacidad.

---

<sup>2</sup> Causa “Parodi Lorenzo y otra c/Dirección General de Cultura y Educación s/Reconocimiento de derechos”, expediente n° 11739, Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 4 de La Plata.

El segundo argumento remonta la idea de la “educación inclusiva”, pero como se trata, el nuestro, de un campo jurídico, un campo de disputa por el sentido constitucional y convencional de esta expresión, no podemos quedarnos con su abordaje teórico pedagógico sino que tenemos que explorar el alcance del art. 24 de la Convención, su contenido normativo. Es decir, determinar qué entiende la Convención por “educación inclusiva” y extraer de aquí cuáles son los deberes al respecto para el Estado provincial. Establecer los deberes del Estado equivale a indagar sobre el derecho exigible.

#### **IV. Cuatro: respuesta del Fisco provincial**

La respuesta judicial de la Provincia ofrece dos planos: el primero es de orden procesal y administrativo; mientras que el segundo aborda lo sustancial del derecho invocado por Flavia y Lorenzo.

Las defensas de orden procesal tienen que ver con (i) el proceso sumarísimo decretado por la Jueza; con (ii) el tipo de acción entablada y con (iii) lo que el Fisco llama “fuga facilitadora” hacia los principios, en desmedro del marco normativo donde se desplegó –dice- el acto cuestionado.<sup>3</sup>

Por su lado, las defensas de fondo se deslizan entre (i) la irretroactividad de la Resolución 1664/17 frente a los jóvenes actores egresados en años anteriores; (ii) la vigencia a su respecto de la Resolución 4635/11 como marco normativo; y (iii) la idea en torno a que no hay discriminación puesto que la distinción del título “no homologable” con respecto al título habilitante de las y los egresadas/os sin discapacidad tiene un fundamento normativo (la Res. 4635/11) y constitucional.

Cabe destacar la síntesis final cuando textualmente advierte que

de acogerse la pretensión de los accionantes, no solo se estaría contradiciendo el bloque normativo educativo involucrado, sino que se estaría colocando a los demás alumnos en una situación de desigualdad. Se estaría trabajando por la negación de la diferencia y no por el respeto de la misma.

---

<sup>3</sup> La expresión “fuga facilitadora” que esgrime el Fisco provincial refiere a la invocación por nuestra parte de principios y reglas de derechos humanos que muestran la inconventionalidad de las normas internas.

## **V. Quinto: una sentencia que dialoga con un nuevo paradigma**

El último día hábil del año 2018 se dictó sentencia haciendo lugar a la demanda entablada, “condenando a la Dirección General de Cultura y Educación a otorgar y entregar a los señores Flavia Consiglio y Lorenzo Parodi sus títulos secundarios homologados al nivel y certificado analítico, en igualdad de condiciones con el resto del alumnado, sin ninguna referencia discriminatoria (arts. 12 incs. 1° y 2°, 50 incs. 1° y 2°, y concs., CCA, resoluc. 1664/17; art. 24 CDPD)”<sup>4</sup>.

Luego de repasar legislación nacional y provincial, y adentrarse fecundamente en el modelo constitucional de derechos humanos y en el impacto de la Convención sobre discapacidad en el ámbito local, en sus prácticas y en su legislación, a modo de síntesis señala que

la negativa a entregar a Flavia y a Lorenzo su título secundario homologable no se circunscribe únicamente al texto de “no homologable” asentado en los títulos otorgados, sino que como consecuencia de dicha aclaración discriminatoria se les impide una real inclusión en posibles ámbitos futuros, vulnerando sus derechos a la educación superior, al empleo, a la vida independiente, su inclusión en la comunidad, limitando sus oportunidades de desarrollo y cercenando la posibilidad de elegir libremente su proyecto futuro y de realización personal. (Considerando n° 3).

Y agrega que

(T)al como se ha sostenido en los presentes actuados, la titulación igualitaria es un componente esencial del derecho a la educación inclusiva, que no se satisface únicamente con garantizar el ingreso y la permanencia en las instituciones educativas del sistema de enseñanza común, en tanto carecería de sentido reconocer a las personas con discapacidad la posibilidad de asistir, aprender -e incluso ser evaluadas- en las escuelas regulares, para luego

---

<sup>4</sup> Sentencia del 28 de diciembre de 2018 dictada en la causa “Parodi Lorenzo y otra c/Dirección General de Cultura y Educación s/Reconocimiento de derechos”, expediente n° 11739, Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 4 de La Plata, punto 1 del resolutorio.

---

negarles la certificación de su trayectoria. (Considerando n° 3, énfasis en el original).

La Dirección de Escuelas entregó durante el mes de enero de 2019 los nuevos títulos a favor de Lorenzo y Flavia, sin ningún tipo de anotación que aluda a su tránsito educativo y curricular.

## **VI. Sexto: dialéctica del proceso**

La respuesta del Fisco a la demanda de Lorenzo y Flavia por su título secundario, y para que este no contenga ninguna expresión discriminatoria, nos permite algunas aproximaciones sobre la cuestión de la discapacidad; sobre los prejuicios que habitan el sentido común en torno a la materia; sobre el modo en que rigen prácticas institucionales que confrontan principios de derechos humanos y que se perpetúan en una especie de *habitus*, vale decir, en un modo de pensar y conducirse que reproduce de modo irreflexivo las prácticas dadas; y, a la postre, sobre el impacto que un litigio de esta naturaleza puede tener sobre ellas a modo de síntesis de posiciones contrapuestas.

En *La verdad y las formas jurídicas* Foucault observa que el conocimiento es el efecto de discursos en pugna, las chispas de dos espadas al chocar. Hemos visto que el proceso abierto por Flavia y Lorenzo fue escena de argumentaciones en colisión frente al derecho a la educación de personas con discapacidad, que agitó prejuicios y el fantasma de la desvalorización con el que ese colectivo convive, pero que también en su dinámica de confrontación dialéctica se abrió a repensar el tema y a reparar una injusticia.

Pero no sólo aprendimos en el proceso de cruzar razones en una exploración guiada por el discurso de los derechos humanos, sino que además el impacto de esta causa llevó al propio Fisco a revisar sus normas internas, su aproximación al tema y al nuevo modelo de educación inclusiva que trae la *Convención* y a redactar una nueva regulación ligada a la titulación de PCD en la provincia.

Ensayaremos algunas de estas cuestiones, de manera breve:

### **1. Personas con discapacidad y derecho a la educación**

La Convención adopta el modelo social de la discapacidad y consagra sus fundamentos y principios desde su Preámbulo (apartado “e”) donde reconoce

---

que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás

Esto significa, entre otras cosas, abandonar el modelo médico normalizador patologizante que coloca la discapacidad en la persona –en su ser– para pasar a ubicarla en el cruce entre las “deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno”. Así, la discapacidad no es algo propio de la persona sino una relación intersubjetiva o social, una relación de poder, de opresión (Broyna, 2007).

En suma, bajo el modelo social, es la sociedad la que discapacita, y no la deficiencia que la persona porta.

¿Cómo se expresó el modelo médico en el plano educativo? De una manera muy general, en dos modalidades: (i) mediante la segregación en escuelas “especiales”, o (ii) mediante lo que se conoce como “integración educativa”.

El primer modo refiere a las instituciones creadas para alojar niños y niñas con discapacidad, especialmente con retraso madurativo o discapacidad intelectual, física múltiple o severa, concebidas bajo la idea de que se trata de personas “ineducables” (Cobeñas, 2014). La escuela especial las recibe con ese preconcepto: no van a ser educadas sino reunidas en un espacio separado de las escuelas comunes y del tránsito común de niños sin discapacidad.

El segundo modo –la “integración educativa”– significó un avance frente a esta segregación naturalizada pero no un cambio sustancial para y de las escuelas comunes: el niño o niña con discapacidad –algunos de ellos, muy pocos– ingresan a la escuela común para ajustarse a ella.

De este modo, para sobrevivir en la escuela común el niño o niña con discapacidad deberá acomodarse, pues la escuela no lo hará; sigue diseñada para la normalidad de lxs alumxs. Para el alumnx esperado, “legítimo”.

Lorenzo y Flavia ingresaron a este tipo de escuela, y con “ajustes” curriculares, “apoyos” y la persistencia de ellxs y de sus familias lograron concluir el ciclo.

---

Entonces ¿por qué razón no les daban el título como a sus compañeros? Tratamos de entenderlo en lo que sigue.

## **2. Lo no dicho: lo que no puede decirse**

El Estado provincial otorgó un título “no homologable”, lo cual significaba que Flavia y Lorenzo no podían continuar sus estudios o bien acceder al mercado del trabajo acreditando la educación formal cumplida. Ambos tenían proyectos para su vida: Lorenzo estudiar fotografía y trabajar, Flavia ser maestra jardinera.

¿Por qué “no homologable”? El argumento ofrecido por el Fisco se sostuvo a través de una cita genérica a la vigencia de la resolución 4635/11, que regulaba la inclusión de alumnos y alumnas con discapacidad con proyectos de integración en la provincia de Buenos Aires.

En general, la Res. 4635/11 está inspirada en la idea de “integración” educativa, y en sus fundamentos da cuenta de la necesidad de promover tránsitos escolares en escuelas comunes bajo la dirección de las instituciones especiales, a cuyo fin regula el Proyecto Pedagógico Individual (PPI), los ajustes de los contenidos curriculares y los apoyos necesarios para cumplir con el PPI. También reserva previsiones para las maneras de evaluar y calificar así como también el modo de promoción y titulación de los ciclos primarios y secundarios.

Flavia y Lorenzo tuvieron PPI con ajustes y apoyos, y cumplieron con los objetivos trazados; sin embargo su título contenía la expresión “no homologable”, a diferencia de sus compañeros.

Esta situación no se desprendía de ninguna norma en particular de la Res. 4635/11 citada, sino del entendimiento común naturalizado de que un alumno con discapacidad “integrado” no puede obtener el mismo título que un alumno sin discapacidad. Vale decir, se trataba de un fundamento escondido, genéricamente remitido a la Res. 4635/11 pero que no puede dar cuenta de una justificación razonable, es decir, constitucionalmente atendible.

Disfrazada bajo una invocación general, la distinción en verdad se fundaba en un estigma, el que acompaña a las personas con discapacidad cuando intentan acceder a derechos que otras personas detentan y ellas no.

Por esto el Fisco al responder nuestra demanda citó, sin mayor desarrollo, la Res. 4635/11 y cayó en discriminación cuando sobre el final de su respuesta tuvo una consideración poco feliz pero sincera:

---

de acogerse la pretensión de los accionantes, no solo se estaría contradiciendo el bloque normativo educativo involucrado, sino que se estaría colocando a los demás alumnos en una situación de desigualdad. Se estaría trabajando por la negación de la diferencia y no por el respeto de la misma.

El PPI, esto es, la planificación dinámica de ajustes y apoyos para que Flavia y Lorenzo transiten su escolaridad de conformidad con sus características, forma parte de su derecho a la educación. Es decir, a que el proceso educativo sea accesible, adecuado y asequible, que son rasgos que deben asegurarse en orden a este derecho y que están a cargo del Estado (Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ONU, Observación General num. 4 sobre el derecho a la educación inclusiva).

Al otorgar un título no homologable el Estado refuerza las barreras que interfieren en el goce de este derecho. Los ajustes y apoyos no son un privilegio ni una señal de debilidad o insuficiencia, son un derecho que elimina las barreras y hace posible la educación de acuerdo a su singularidad.

La desigualdad que el Fisco denuncia con alarma en verdad expresa el derecho a que la escuela se ajuste a la singularidad de la persona con discapacidad, tal como tempranamente lo reclamara la Declaración de Salamanca (1994) al expresar que “las personas con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias, que deberán integrarlas en una pedagogía centrada en el niño, capaz de satisfacer sus necesidades”. Al tiempo que destaca que “El reto con que se enfrentan las escuelas inclusivas es el de desarrollar una pedagogía centrada en el niño, capaz de educar con éxito a todos los niños y niñas, comprendidos los que sufren discapacidades severas”. Y por fin advierte que

El mérito de estas escuelas no es sólo que sean capaces de dar una educación de calidad a todos los niños, con su creación se da un paso muy importante para intentar cambiar las actitudes de discriminación, crear comunidades que acojan a todos y sociedades inclusivas.<sup>5</sup>

Es decir, la educación inclusiva no solo hace lugar a la discapacidad sino a toda diversidad.

---

<sup>5</sup> Declaración de Salamanca y Marco de Acción sobre Necesidades Educativas Especiales, Salamanca, España, 1994, punto 3 del Marco de Acción.

---

### **3. La educación inclusiva**

La Declaración de Salamanca es el antecedente directo del art. 24 de la *Convención*, que consagra el derecho a la educación de toda persona con discapacidad.

Bajo este nuevo paradigma, la educación inclusiva supera el modelo de “integración” educativa y va hacia “una pedagogía centrada en el niño”, es decir, centrada en la singularidad que todo niño y niña lleva a la escuela. Es la escuela común la que debe ajustarse a ella.

De manera que la inclusión excede la discapacidad para reclamar el abandono de la idea de normalidad -que estandariza al educando- y la construcción de una educación desde y para lo diverso. La educación inclusiva asume una ontología que la idea de integración no quería ver: el mundo como lugar de lo diverso, no de lo normal. Lo normal constituye un discurso de poder, normalidad que el poder dicta en cada momento.

Por tanto, hablamos de la igualdad concebida como igualdad de lo diverso frente al derecho. La igualdad no es uniformidad sino registro de la diversidad constitutiva de lo humano.

Precisamente lo inverso de la prevención del Fisco en cuanto a que “se estaría colocando a los demás alumnos en una situación de desigualdad. Se estaría trabajando por la negación de la diferencia y no por el respeto de la misma.”

No estamos negando la diferencia sino asumiéndola, para advertir que la diferencia es lo común y que el derecho a la diferencia es el derecho a que toda diferencia sea incluida en la escuela común.

### **4. Fuga facilitadora**

Rescatamos de la respuesta del Fisco en el proceso que estamos anotando, una expresión significativa que nos habla de la ductilidad semántica del lenguaje.

En su contestación de demanda el Fisco reivindica los derechos humanos pero llama a

---

evitar que se invoquen genéricamente esas prerrogativas fundamentales como “fuga facilitadora” hacia los principios para ignorar otras pautas normativas del ordenamiento jurídico que -sin desmedro de aquellas- establecen límites institucionales para el ejercicio de las incumbencias entre las autoridades del poder constituido.

Ya vimos que la invocación genérica correspondió, en verdad, a la Dirección de Escuelas cuando para otorgar el título como “no homologable” se limitó a citar la Res. 4635/2011 sin mayores precisiones, dejando abierta la explicación de semejante discriminación.

Nunca se explicó ni entendió por qué dos jóvenes que concluyeron su ciclo secundario con PPI -esto es, con apoyos y ajustes- debían aceptar un título devaluado; lo que nos permite aseverar que lo determinante allí es el prejuicio, es decir, la idea subestimada de la discapacidad o bien el disvalor que ella conlleva.

La “fuga facilitadora” que reprocha el Fisco es, en rigor, la hermenéutica habitual desde que nuestra Constitución adoptó el paradigma de derechos humanos como eje transformador de su derecho nacional (Prieto Sanchís, 2013). Por la ventana del art. 75 inciso 22 de la CN ingresan no sólo los tratados y convenciones sino además los principios que consagran una concepción de lo humano ligada a la dignidad, no discriminación y protección de la persona (en especial si es vulnerada).

De modo que toda norma o práctica interna está sometida y debe superar el test de convencionalidad, esto es, debe sujetarse a los derechos humanos, a sus principios constitutivos y al alcance que le dan los órganos de control de su cumplimiento. Es un desafío para el derecho “interno” estar a esa altura.

Entonces, en buena hora que una resolución que regula la integración de personas con discapacidad en las escuelas comunes sea sometida a este escrutinio, pues esta es la función del control de convencionalidad que la propia autoridad pública, y a la postre los jueces y juezas, deben ejercer.

La “fuga facilitadora” es, en perspectiva de derechos humanos, el modo en que acudimos a los principios de dignidad y no discriminación para iluminar los efectos que las normas y prácticas internas generan en las personas concretas. Son principios ordenadores de la interpretación constitucional pero en especial son verdaderos escudos protectores frente a todo tipo de poder,

sea público o privado, que amenaza u ofende la dignidad de la vida humana (De Cabo Martín, 2014, p. 91).

## 5. Cambio normativo

El mandato contenido en la sentencia (“entregar a Flavia y Lorenzo sus títulos secundarios homologados al nivel y certificado analítico, en igualdad de condiciones con el resto del alumnado, sin ninguna referencia discriminatoria”) quedó firme y el Fisco provincial lo cumplió. Ambos recibieron su título sin ninguna anotación.

Pero como adelantamos, el proceso puso en crisis la normativa interna de la Dirección de Escuelas, referida a titulación del ciclo secundario para jóvenes con discapacidad, y dio nacimiento a una nueva, la resolución 4891 del año 2018, que elimina la expresión “no homologable” y sólo incorpora la mención del tránsito escolar con PPI. De manera que se trata de un título habilitante tanto para continuar los estudios como para ingresar en el mercado laboral.

No es posible saber por el momento si la mención del PPI puede aparejar efectos discriminatorios para la persona con discapacidad, pero está claro que la eliminación de la expresión “no homologable” y el carácter habilitante, acerca al título al paradigma convencional y al derecho a la educación inclusiva.

## VII. Coda: lo inédito viable

La acción clínica es una *praxis* transformadora. Conmueve los saberes recibidos, los protocolos de interpretación, interpela las prácticas institucionales dominantes y las inscribe en la trama significativa que abren los derechos humanos.

La causa promovida por Lorenzo y Flavia –ya un precedente en materia de discapacidad y educación inclusiva- movilizó al Estado provincial a gestar una nueva normativa sobre titulación de estudiantes con discapacidad en la educación secundaria, hoy vigente<sup>6</sup>, mucho más a tono con el nuevo modelo social convencional.

Lo que sabemos hoy, además, permeó nuestras percepciones habituales, abrió interrogantes, nos interpeló. Un tránsito significativo que no sólo nos deja

---

<sup>6</sup> Se trata de la RESFC-2018-4891 GDEBA-DGCYE del mes de diciembre de 2018 sobre “Titulación de Estudiantes con Discapacidad en la Educación Secundaria”.

---

la singular humanidad de Lorenzo y Flavia, sino también su paciencia y capacidad de lucha por sus derechos. Su voz inicial serena haciéndose oír en el tumulto de estos días.

---

## Bibliografía

Brogna, P. (2007). “*Posición de Discapacidad: los aportes de la Convención*”. En *Memorias del Seminario Internacional Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, México: Programa de Cooperación sobre los Derechos Humanos México - Comisión Europea. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2468/11.pdf>.

Cobeñas, P. (2014). “Buenas prácticas inclusivas en la educación de personas con discapacidad en la provincia de Buenos Aires y desafíos pendientes”. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles.

De Cabo Martín, C. (2014). *Pensamiento crítico. Constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta.

Del Percio, E. (2014). *Ineludible fraternidad. Conflicto, poder y deseo*. Ediciones Ciccus.

Díaz, E. (2015). “*Conceptos en fuga: epistemologías nómadas*”. En “*Ideas robadas al atardecer*”, Editorial Biblos.

Pietro Sanchis, L. (2013). *El Constitucionalismo de los derechos*, Madrid: Trotta.

Valdez, D. (2017) “Educación inclusiva”. En J. Seda (comp.) *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Avances, perspectivas y desafíos en la sociedad argentina*, Buenos Aires: Eudeba.

---

# La Clínica Jurídica desde adentro: techo de cristal en el Poder Judicial bonaerense

Acosta Marina<sup>7</sup>

García Noelia<sup>8</sup>

Pérez Crispiani Candela<sup>9</sup>

**RESUMEN:** El propósito de este trabajo es reflejar cómo nace y se aborda un caso en la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de nuestra casa de estudios. Nos serviremos a tal fin de la investigación recientemente iniciada y aún en curso relativa al techo de cristal en la justicia provincial, elección que radica no sólo en la riqueza de la temática en análisis sino en el debate que, entendemos, suscita entre los y las profesionales del derecho. De este modo y a la luz de los interrogantes que surgen de esta exploración temprana, trataremos de hacer partícipe al lector de la dinámica clínica: recorrido sinuoso que a partir de la duda y el problema, hace de la construcción del conocimiento una herramienta puesta al servicio de la acción.

**PALABRAS CLAVES:** clínica jurídica - techo de cristal - equidad de género- pedagogía crítica.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to describe how we approach a case at the Human Rights Clinic of the University of La Plata. We analyze the glass ceiling barriers that exist in the local justice system, a topic that is relevant not only because of its conceptual richness, but also because of the debate that it has spurred among law professionals. In the light of the questions that arise from this early investigation, we will try to involve the reader into the clinical dynamics: a path made of uncertainties and problems that makes the process of knowledge-building a tool at the service of action.

**KEYWORDS:** legal clinic- glass ceiling barriers- gender equality- critical pedagogy

---

<sup>7</sup> Abogada, UNLP. La Plata, Argentina. Coordinadora de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Email: marina.acs@live.com

<sup>8</sup> Abogada, UNLP. La Plata, Argentina. Coordinadora de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Email: noegarpr@gmail.com; clinicaddhh@gmail.com.

<sup>9</sup> Abogada, UNLP. La Plata, Argentina. Integrante de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Email: candelaperezc@gmail.com

## **I. Nombramiento del Dr. Sergio Gabriel Torres en la Suprema Corte**

El debate acerca del “techo de cristal” en el Poder Judicial bonaerense ingresó a la Clínica como sucede con tantas otras problemáticas: por la vía de los hechos y de la praxis. Es de público conocimiento que a principios del año que corre el presidente del máximo tribunal provincial recibió el juramento del Dr. Sergio Gabriel Torres para integrar dicho cuerpo colegiado, definiendo de ese modo la composición actual de la Suprema Corte de Justicia: seis jueces y una jueza.

En efecto, el 29 de mayo del año en curso el Dr. Eduardo Néstor de Lázzari recibió formalmente el juramento del precitado magistrado, desplazando así los reparos que giraban en torno al candidato propuesto para ocupar la vacante que dejó la renuncia del Dr. Juan Carlos Hitters. Es que si bien la gobernadora elevó el pliego del Dr. Torres al Senado los primeros días de marzo y dicha Cámara lo aprobó por unanimidad, hubo serias observaciones por parte del Colegio de Abogados de La Plata y dos de los magistrados de la Corte provincial (el propio Dr. de Lázzari y el Dr. Eduardo Julio Pettigiani) en torno a si se encontraba satisfecho a su respecto el requisito de contar con domicilio en la provincia.

Tal dilación hizo del nombramiento una noticia presente en diversos medios de comunicación, tanto en los dedicados específicamente al derecho como en periódicos y portales de información general. Del mismo modo la noticia llegó a la Clínica tornándose, sin embargo, escenario de una discusión distinta: ¿a nadie extrañaba la conformación de la Suprema Corte bonaerense desde una perspectiva de género? ¿Acaso no es interpelante el hecho de que una única mujer haya llegado a formar parte del máximo tribunal de justicia local?

No pareció haber sorprendido entonces que el tribunal con mayor poder de decisión de la provincia no presente más que una única jueza en su integración. Todo ello no obstante existir, desde 1985, una convención internacional ratificada por nuestro país -y que goza de jerarquía constitucional desde 1994- que expresamente alude a la obligación estatal de garantizar la igualdad de condiciones entre hombres y mujeres para ocupar cargos públicos. Nos referimos a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, o “CEDAW”:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los

---

hombres, el derecho a (...) b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales (Art. 7 Inc. "b", CEDAW).

Ante esta situación, elaboramos un breve escrito a la luz de distintas convenciones internacionales y recomendaciones generales de los respectivos comités en la materia, con la finalidad de dar a conocer nuestra postura frente al Senado provincial y en el Facebook de la Clínica. Sin embargo, en medio de las controversias señaladas el Dr. Torres tomó posesión del cargo frustrándose con ello la publicación.

Siendo que de los seis integrantes de la SCBA que permanecieron tras la jubilación del Dr. Hitters, cinco son hombres: ¿es ajustado a derecho el nombramiento de un nuevo juez que pase a completar un órgano de decisión colegiado compuesto así por un 85% de varones? ¿Existe un derecho a la equidad de género en el Poder Judicial? ¿En qué medida éste se halla efectivamente garantizado en la justicia bonaerense, en las distintas instancias y fueros? ¿Cuántas mujeres y cuántos hombres integran el Poder Judicial provincial? ¿Qué puestos ocupan? ¿Quiénes integran mayoritariamente los cargos de más alta jerarquía? ¿Qué puede exigirse al poder político al respecto? ¿Y al Poder Judicial? ¿Qué tipo de medidas serían válidas y eficaces para corregir las desigualdades que a este respecto se advierten, sin caer en estereotipos que no hagan más que reforzar la inequidad? ¿Cuál es la autoridad competente para ordenar tales remedios? ¿Y quiénes los legitimados para solicitarlo?

Estas y otras dudas -con sus posibles respuestas- alojan distintos puntos de vista, a la vez que despiertan en el grupo la sospecha de encontrarnos ante un posible "caso". Abordarlo implica asumir una dificultad no poco frecuente al litigar en materia de Derechos Humanos: la de llevar la letra de convenciones, declaraciones, leyes, protocolos y la Constitución misma, a su puesta en ejecución a través de decisiones concretas, ya sean individuales o colectivas; decisiones que muchas veces deben tomarse en ausencia de políticas públicas que las contengan, ordenen y garanticen a largo plazo. Esta última circunstancia (la ausencia de una política pública que regule expresamente la problemática en análisis) vuelve imprescindible la realización de una exhaustiva indagación preliminar: cualquier reclamo tendiente a la equidad de género en el Poder Judicial se justificará en tanto la discriminación se muestre palmaria e indiscutible, tornando realmente dificultoso (cuando no imposible) a los poderes

involucrados justificar y presentar como razonables la distribución de cargos imperante.

## II. Exploración inicial

### A. RECORRIDO VIRTUAL POR LA PROVINCIA

Desde el año 2010 la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN de aquí en más- realiza un relevamiento periódico del Poder Judicial (nacional y provincial) según el cargo y género de quienes lo ocupan. El “Mapa de Género de la Justicia Argentina” (Oficina de la Mujer, CSJN; 2018) constituyó la primera fuente de información que corroboraba lo acertado de nuestra intuición: el techo de cristal en la justicia de Buenos Aires existe.



Como surge a la vista, es la propia CSJN quien reconoce la incidencia de este fenómeno:

Pese a que la composición del Poder Judicial es mayoritariamente femenina, esta representación no se ve reflejada en la distribución jerárquica de los cargos que ocupan, existiendo un marcado descenso de la presencia de mujeres en los estamentos superiores. Este fenómeno de segregación vertical es conocido como “techo de cristal” (Oficina de la Mujer, CSJN; 2014).

Así, hablamos de “techo de cristal” para referirnos a una de las formas que adopta la inequidad de género en el ámbito laboral, profesional, académico y, en general, cualquier otro contexto que implique distribución de poder y que, a través del mecanismo de la discriminación vertical, impide u obstaculiza el acceso de las mujeres a los cargos públicos y privados jerárquicamente superiores. Ello trae aparejado una subrepresentación de las mujeres en los

---

puestos “más altos” (ya sea en cuanto a remuneración, prestigio o poder) y una sobrerrepresentación de las mismas en los empleos jerárquicamente inferiores. De tal manera, se genera una estructura piramidal en la cual la composición femenina predomina en la base y la masculina en la cúspide.

No obstante, a la par de la segregación vertical mencionada (asociada a la idea de “techo”), operan en la estructura judicial prácticas de discriminación horizontal que se ponen de manifiesto al examinar cómo varía la composición de género en los distintos fueros. Desde esta perspectiva y como se demostrará *infra*, surge manifiesta la ya conocida división sexual del trabajo, observándose una mayor presencia de mujeres en aquellas materias (fueros) vinculados al rol de cuidado, contención y protección, virtudes tradicionalmente asociadas a lo femenino.

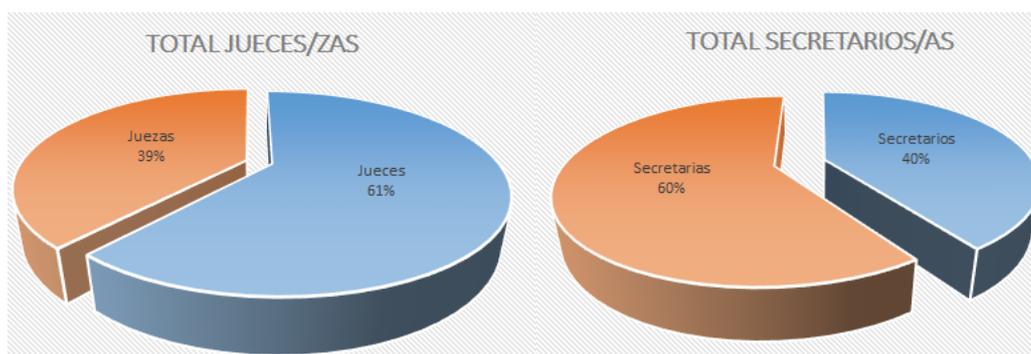
El hallazgo de los informes elaborados por la Oficina de la Mujer de la CSJN operó como una temprana comprobación de nuestras intuiciones a la vez que nos invitó a indagar en detalle en torno a la realidad provincial: ¿hay diferencias entre los departamentos judiciales grandes y los más chicos? ¿Cómo se distribuyen las mujeres según las instancias de cada fuero? ¿Qué escalafón opera como techo? Con esas y otras inquietudes emprendimos la tarea; una de nosotras generó la primera hoja de cálculo en Excel con el departamento judicial de Mar del Plata, distinguiendo para cada fuero y por instancia la cantidad de juzgados/salas con indicación del total de jueces y secretarios y la correspondiente distinción según el género. Los datos con los que se completarían ésta y las demás planillas serían los de la página web de la Suprema Corte de Justicia, más precisamente, el mapa judicial y la sección “organismos”.

El procedimiento se replicó a lo largo de tres semanas hasta agotar los departamentos judiciales. Mientras tanto, compartíamos cada viernes los datos parciales y las sensaciones a que daba lugar una tendencia que se mostraba irreversible: los jueces (incluso sin considerar instancias ni fueros) duplicaban en la mayoría de los casos a las juezas.

Una vez concluido el relevamiento, realizamos las sumas pertinentes y obtuvimos los resultados tan esperados.

## B. EL TECHO DE CRISTAL EN NÚMEROS

Un total de mil doscientos dieciséis jueces (1216) integran actualmente el poder judicial bonaerense, de los cuales setecientos cuarenta y ocho (748) son hombres y cuatrocientos sesenta y ocho (468) mujeres. Como correlato, de los mil cuatrocientos seis (1406) secretarios existentes, tan solo quinientos setenta (570) son hombres mientras que los ochocientos treinta y seis (836) cargos restantes los desempeñan mujeres<sup>10</sup>.



Los porcentajes hablan por sí solos; cuando de magistrados se trata, el 61% son hombres y el 39% mujeres, proporciones que se invierten casi a la perfección en el caso de secretarios/as. Este análisis es sumamente importante si se considera I) que el de secretario constituye el puesto de mayor jerarquía inmediato anterior al de magistrado y II) la responsabilidad y capacidad que requiere el desempeño de tal función. En otras palabras, en el sistema de justicia hay muchas mujeres y muy valiosas, pero por alguna razón que habrá que desentrañar, éstas se concentran en los cargos administrativos.

	TOTALES MUJERES	TOTALES HOMBRES	TOTALES
JUECES/ZAS	468	748	1216
SECRETARIOS/AS	836	570	1406
<b>TOTALES</b>	<b>1304</b>	<b>1318</b>	<b>2622</b>

En este cuadro de doble entrada se confirma lo dicho. Sin distinguir entre jueces/zas y secretarios/ias, los hombres superan sólo en un número de catorce (14) a las mujeres (1318 hombres vs. 1304 mujeres), el tema es la distribución de cargos: de las mil trescientas cuatro funcionarias (1304), ochocientos treinta y seis (836) son secretarias y cuatrocientas sesenta y ocho (468) juezas, vale decir,

<sup>10</sup> Incluimos entre los secretarios/ias a los relatores de la Suprema Corte de Justicia.

tan sólo un tercio aproximado del total llegan a juezas.<sup>11</sup> En cambio, de los mil trescientos dieciocho hombres (1318), el 56% son jueces y el 44% restante secretarios.

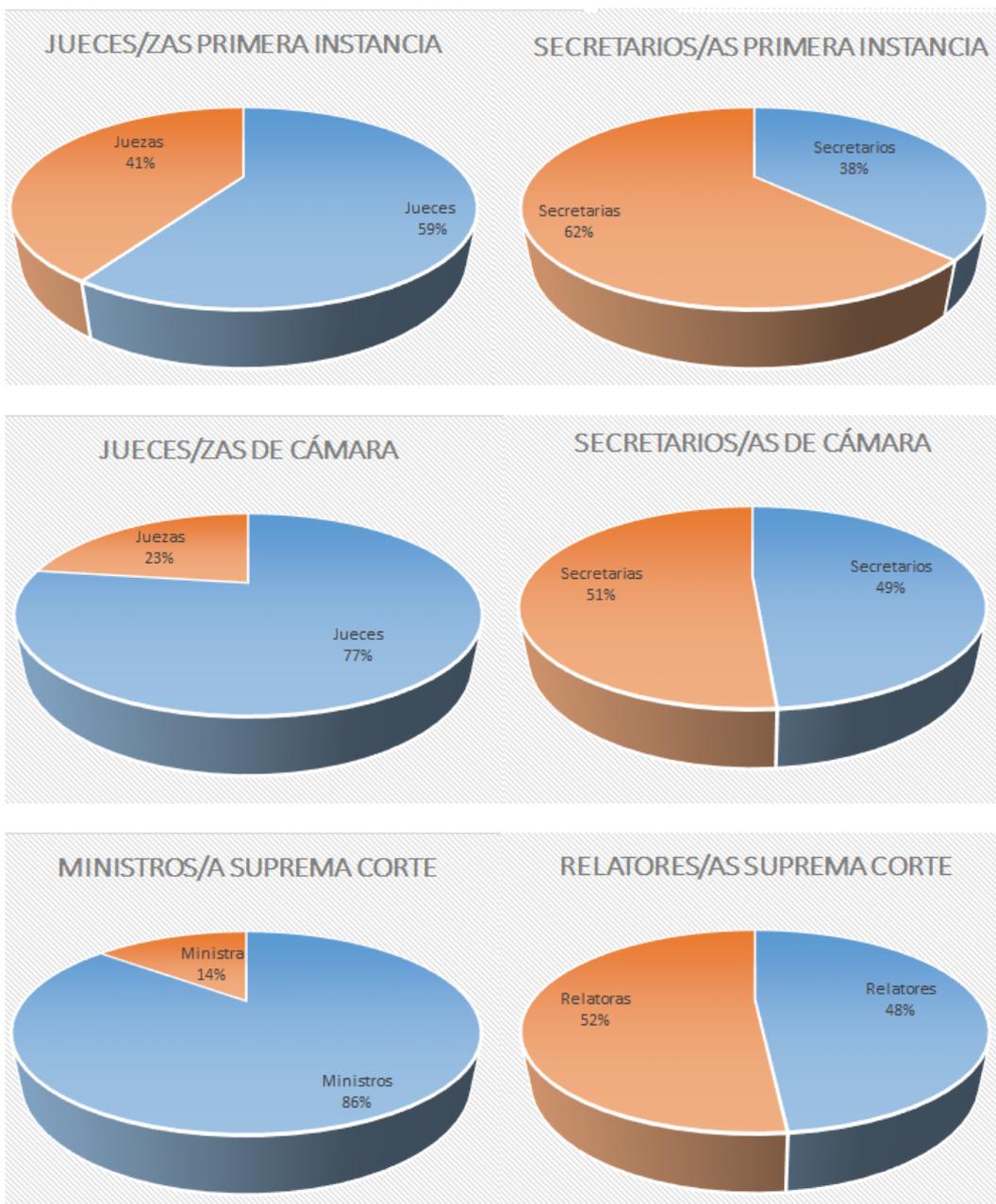
Veamos ahora los datos por instancia.

		JUECES	JUEZAS
1	JUSTICIA DE PAZ	99	49
2	PRIMERA INSTANCIA	904	371
3	CÁMARA	206	47
4	SCBA	7	1
<b>TOTALES</b>		<b>1216</b>	<b>468</b>



Los triángulos naranja y azul superpuestos reflejan de modo muy claro el estado de situación: la paridad casi perfecta que caracteriza a la justicia de paz se desvanece gradualmente dando lugar, de modo creciente, a una inequidad grosera como la que presenta el superior tribunal provincial y que funcionara como disparador de esta investigación. Aquí los porcentajes por instancias:

<sup>11</sup> Es de esperar que los números sean aún más alarmantes si se analizan todos los cargos administrativos.



Los datos son contundentes. Sin embargo, el análisis no finaliza aquí: como adelantamos, la asignación de cargos según el fuero tampoco parece ser aleatoria para las juezas. Para ejemplificarlo analizamos los datos de los juzgados de familia en contraposición a los civiles y comerciales:

	JUEZAS		JUECES		TOTALES
<b>JUZGADOS DE FAMILIA</b>	61	64%	35	36%	<b>96</b>
<b>JUZGADOS CIVILES Y COMERCIALES</b>	67	40%	100	60%	<b>167</b>

De un total de noventa y seis (96) jueces, treinta y cinco (35) son hombres y sesenta y un (61) mujeres. En cambio, de ciento sesenta y siete magistrados

(167) en los juzgados civiles y comerciales de primera instancia, cien (100) son hombres y sesenta y siete (67) mujeres ¿Qué hay detrás de estas cifras? ¿Será que los juzgados de familia permiten a la mujer conciliar el rol exigido en el ámbito privado con el desempeño de un cargo público? ¿Hay cualidades intrínsecas en nuestras juezas que justifiquen esta distribución según el fuero? Entendemos que no; en todo caso se trata de valores y actitudes otrora exigidos a las mujeres por su género (como la contención, la calma, el cuidado y la protección) pero que, si de administración de justicia hablamos, sería deseable hallar en todos los operadores jurídicos. Creemos que tales prejuicios explican la paridad hallada en los juzgados de responsabilidad penal juvenil y de garantías del joven en comparación, por ejemplo, con los juzgados de garantías comunes:

	JUEZAS		JUECES		TOTALES
JUZGADOS DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL	13	52%	12	48%	25
JUZGADOS DE GARANTÍAS DEL JOVEN	18	51%	17	49%	35
JUZGADOS DE GARANTÍAS	28	29%	68	71%	96

A este respecto, numerosas investigaciones confirman la estrecha relación existente entre el fenómeno de la segregación horizontal y el mantenimiento del rol reproductivo y doméstico asignado a la mujer. Específicamente, ha sido señalado que los juzgados de familia funcionan en la práctica como puentes que permiten “conciliar” más fácilmente la participación en la esfera pública con el ámbito privado del hogar (Gastiazoro, 2013). Las causas de esta consolidada práctica deben buscarse, una vez más, en aquél esquema de división sexual del trabajo según el cual las tareas y responsabilidades parentales siguen recayendo predominantemente sobre las mujeres, sin una reconfiguración acorde a la creciente participación femenina en el área profesional fuera del hogar.

En efecto, la progresiva inserción de la mujer en la educación universitaria ha generado un gran caudal de profesionales que buscan insertarse en el ámbito laboral. Si pensamos en la composición actual de nuestras aulas, identificaremos que la mayoría del alumnado está compuesto por mujeres que, además, suelen obtener los promedios más altos. Sin embargo, en el mercado de trabajo sólo excepcionalmente acceden a los niveles de más alta jerarquía, puestos que a su vez implican mayor poder de decisión y mejores remuneraciones.

Se produce entonces un notorio desajuste entre el acceso igualitario a la formación y el acceso restringido al poder, situación que obedece a múltiples causas y que dentro de los ámbitos típicamente jerárquicos -como lo es el del Poder Judicial- resulta aún más evidente: si bien las mujeres ocupan cargos de

---

funcionarias el poder se concentra en la figura del juez, único capaz de decidir con fuerza ejecutoria el derecho.

### **III. Trabajo interdisciplinario: qué dicen las ciencias económicas acerca del techo de cristal**

La clínica jurídica de derechos humanos es una de las comisiones del programa clínicas jurídicas que se desarrolla en la órbita de la secretaría de extensión de la facultad de ciencias jurídicas y sociales. Entre sus objetivos primordiales se encuentra el de ofrecer un espacio de formación distinto al que se encuentra durante la carrera de grado: aprendiendo desde la propia experiencia, buscando constituirse en una usina de pensamiento con vocación para analizar problemas jurídicos desde una discusión seria y con una perspectiva interdisciplinaria (verbic, 2018). En dicho marco, sus integrantes buscamos constantemente nutrir nuestro trabajo intercambiando experiencias con equipos de investigación y/o extensión de otras casas de estudio de nuestra universidad, asociaciones civiles y ong's especialistas en la temática tratada.

Con el afán de compartir nuestras estadísticas con otros posibles interesados y especialistas, nos reunimos con Mariana Marchionni, Doctora en Economía, Profesora del Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas de nuestra Universidad, Directora de la Maestría en Economía de dicha casa de estudios e investigadora del Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales (CEDLAS-UNLP) y del CONICET. En ese encuentro aprendimos que los datos obtenidos son una realidad constante si se analiza el ámbito empresarial, productivo o comercial: las mujeres no ocupan -salvo excepcionalmente- cargos jerárquicos. Confirmamos, además, que dicha regla predomina también en el ámbito público (a excepción de las carteras cuyo gobierno tradicionalmente se le encarga a las mujeres: desarrollo social, niñez, familia, salud o educación), y que el *quid* de la cuestión está en determinar en qué medida la situación antes descrita configura una inequidad, en tanto operan sobre las mujeres un cúmulo de obstáculos propios de la asignación de roles aún imperante en la sociedad que tornan su carrera laboral y profesional más dificultosa en comparación a la de los hombres.

No habría nada de malo en que una funcionaria del Poder Judicial prefiera compartir más tiempo con sus hijos o en su hogar y descarte, en función de ello, una carrera profesional en miras a lograr un cargo más alto. Pero el blanco se

---

transforma en gris si en realidad sí anhela acceder a un puesto de camarista pero encuentra límites a tal posibilidad producto de las desiguales oportunidades que tuvo a lo largo de su vida respecto de un par masculino. En ese sentido, entonces, la menor participación de mujeres en exámenes de oposición y antecedentes no sería necesariamente el reflejo de decisiones libres.

La particular dificultad que siempre registran los casos de discriminación indirecta, donde no hay norma que haga distingo en función de categoría sospechosa alguna<sup>12</sup> sino que las diferenciaciones irrazonables operan en la práctica, *de facto*, se refleja en el presente caso a través de esas sutiles pero esenciales disquisiciones.

En ese marco, la Dra. Marchionni nos guio en torno a la información que resulta necesario recabar a fin de determinar dónde y por qué se produce semejante desgranamiento entre la cantidad de abogadas (que superan por mucho a los abogados) y las magistradas del Poder Judicial provincial que, como vimos, representan menos del 40% de los cargos totales y ocupan tan solo un 23% en las Cámaras de Apelaciones.

Con ella charlamos también en torno al cupo como medida de acción positiva tendiente a remediar las disparidades generadas por el techo de cristal. Fue en esa oficina de la Facultad de Ciencias Económicas donde escuchamos por primera vez hablar del “efecto aire” o “efecto ventana” atribuido al mecanismo del cupo y que, en este caso, se traduciría del modo siguiente: para una joven profesional del derecho la idea de que ciertos cargos sean cubiertos a través de exámenes entre pares (esto es, mujeres) funciona a modo de incentivo; el mensaje sería “si te preparás, hay un lugar que puede ser tuyo”.

Aún sin pretender plasmar en su totalidad la riqueza del encuentro, no queremos dejar de mencionar que hacia el final del mismo nació otra lectura posible del caso, una perspectiva de análisis distinta, complementaria de la desarrollada hasta el momento pero a su vez novedosa y jugada: ¿hay alguna relevancia social, ciudadana, en que los órganos encargados de actuar el derecho estén integrados paritariamente en términos de género? ¿Existe relación entre el servicio de administrar justicia y la heterogeneidad/homogeneidad en la composición de los órganos que tienen a cargo dicha tarea? ¿Es esto indistinto para los justiciables? Planteada la cuestión en esos términos, el interés ya no se

---

<sup>12</sup> Demás está decir que ni la Constitución de la Provincia (art. 175) ni la Ley Nº 11.868 (que regula el funcionamiento e integración del Consejo de la Magistratura provincial) distinguen en razón del género para acceder a los cargos de las distintas instancias judiciales.

---

circunscribe a un colectivo de mujeres potenciales aspirantes a una magistratura sino que se extiende a la colectividad toda.

La Dra. Marchionni nos comentó que, fronteras afuera, está sumamente estudiado cómo el género influye en la toma de decisiones y que incluso existen investigaciones referidas al Poder Judicial de distintos países. Claro está, no se trata de una inclinación natural o biológica de las mujeres hacia ciertas cualidades (como la empatía, protección, cuidado, serenidad) que parecieran desarrollar en mayor medida que los hombres, sino de características exigidas al rol y como tales aprendidas, producto a su vez de un proceso de socialización que se llevó a cabo en el sistema patriarcal.

En este marco, es momento de comenzar a preguntarse si es posible sostener que la heterogeneidad en la composición de los órganos judiciales - como ámbitos de toma de decisiones trascendentales y, consecuentemente, de disputa de poder- es en sí misma deseable como reflejo de la heterogeneidad que caracteriza a la sociedad toda, sin recurrir para ello a estereotipos que terminen por justificar la presencia de juezas a la luz de valores históricamente ligados a la idea de lo “femenino” y, por lo tanto, tendientes a reforzar la disparidad existente. ¿Es acaso aleatorio el predominio de juezas en los juzgados de familia o la paridad existente en el fuero de responsabilidad penal juvenil y garantías del joven? Todo pareciera indicar que no y ante tal situación también nos rebelamos.

En otro orden de ideas, también nos resultaba imprescindible escuchar las voces de quienes integran la estructura objeto de análisis, por lo que confeccionamos una lista de correos que abarcaba a profesoras que trabajaron, trabajan actualmente o se desempeñan en entornos afines al Poder Judicial de la provincia, invitándolas a nuestro espacio para escuchar sus experiencias y testimonios, atender con total apertura sus inquietudes, reparos o consejos en torno a la tarea que emprendíamos.

De un total de catorce invitaciones cursadas hubo una única respuesta. En todo caso, no podemos más que transformar el silencio en un incentivo para dar a conocer con mayor énfasis aún nuestro trabajo, propendiendo a reafirmar la relación inquebrantable que hay y que necesariamente debe haber entre la Facultad y la sociedad toda.

#### **IV. Más allá del caso: aspectos comunes de la dinámica clínica**

Como mencionamos precedentemente, nuestro punto de partida es la realidad; el derecho constituye tan sólo una de las herramientas que tenemos a mano para cuestionarla, permitiéndonos revelar la brecha que separa lo formalmente declarado y normativamente garantizado, de lo que se torna efectivo y palpable en la práctica (o sea, de lo que en verdad sucede). La tensión entre ambos términos -lo que es y lo que debe ser- exige de los integrantes de la clínica emprender un camino dialéctico en el que las normas constituyen el marco de análisis y valoración de los hechos; hechos que encarnan conductas<sup>13</sup> humanas que por su falta de adecuación al orden jurídico se nos vuelven problemáticas.

De este modo, el recorrido comienza necesariamente en la realidad: recién con su cabal conocimiento podrá predicarse el cumplimiento o incumplimiento de las normas implicadas y, en su caso, delinear el objeto de un posterior reclamo.

Pues bien, el caso relativo al techo de cristal en la justicia bonaerense se encuentra en esa etapa inicial. Tenemos tan sólo las cifras que denotan el estado de situación actual en el acceso a las magistraturas, según instancias y fueros, en términos de equidad de género.

Sin embargo, aún en una instancia temprana la investigación produce una transformación intrínseca y esencial a toda experiencia clínica. Nos referimos aquí al cambio operado en nuestras experiencias subjetivas, ocasionado por la puesta en crisis del mundo que nos rodea tal cual lo conocemos y que requiere a su vez una toma de postura en torno al problema a resolver. La realidad muta a la par de los ojos que la observan.

No podríamos dejar de referirnos a la manera en que los integrantes del espacio habitamos cada nuevo caso si pretendemos al menos esbozar lo que entendemos por Clínica Jurídica. Partir de lo que no se ajusta a las declamaciones normativas e intentar comprender las razones de dicho apartamiento (jurídicas, pero también sociológicas, políticas, geopolíticas, económicas y aún filosóficas) nos coloca en un terreno distinto al que regularmente nos ofrece la enseñanza tradicional del derecho.

---

<sup>13</sup> Empleamos el término “conductas” en sentido amplio, abarcando tanto acciones como omisiones.

Sin perjuicio de que la Facultad es de “Ciencias Jurídicas y Sociales”, sus estudiantes estamos habituados a estudiar el derecho como sinónimo de orden jurídico positivo y homogéneo, reduciendo la mirada a la letra de la ley o alcanzando, en todo caso, a la jurisprudencia. En contrapartida, la práctica clínica implica transitar un proceso de aprendizaje que parte del problema para buscar en las normas herramientas que nos permitan abordarlo. Se trata de un camino con más interrogantes y menos aseveraciones dogmáticas, que deja expuestas las lagunas y contradicciones del sistema jurídico, en el que la corrección de lo aprendido se mide a la luz de su utilidad y, finalmente, donde las circunstancias y experiencias del colectivo en cuestión son centrales a la hora de decidir un curso de acción determinado. Ello comprende, en algunos casos, una especial toma de conciencia en torno a las vivencias personales, dificultades e injusticias padecidas por los sujetos involucrados; en efecto, mientras que la empatía constituye un elemento inseparable del trabajo vinculado a las violaciones de derechos humanos, resulta totalmente ajena a la pedagogía jurídica clásica que recomienda, incluso, abogados emocionalmente distantes.

Las integrantes de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos vivimos la dinámica relatada en los párrafos anteriores en cada caso abordado. Impulsadas a buscar el remedio más apropiado para cada uno de ellos, desafiamos el *statu quo* establecido permitiéndonos, de ser necesario, innovar mediante propuestas procesales y de fondo<sup>14</sup> que salvaguardan las garantías fundamentales y nos brindan con mayor celeridad soluciones pasibles de ser ejecutadas, esto es, eficaces. Se trata de un espacio que valora e incentiva la capacidad de creación e invención, cualidades que permiten obtener respuestas que la normativa y los procesos convencionales no acogen expresamente.

## **V. Delineando el caso: qué, quiénes, cómo**

Cuando comenzamos a abordar la problemática relativa al techo de cristal que aquí exponemos, las opiniones dentro del espacio fueron diversas pero todas ellas coincidieron en identificar un mismo problema: la falta de equidad. Es que a partir de los datos relevados, de la jurisprudencia analizada y de cada opinión profesional escuchada (fuente asimismo de nuevos focos de

---

<sup>14</sup> Por nombrar algunos ejemplos, actualmente dos casos se llevan adelante a través de mesas de trabajo abiertas en Fiscalía de Estado: una de ellas originada en la primer audiencia de un proceso judicial iniciado con el objeto de hacer efectivo el derecho a la educación de los niños y niñas habitantes de toda una localidad en el partido de Moreno (proceso actualmente suspendido con motivo de la mesa de trabajo aludida); la otra, producto de un reclamo directo ante la propia Fiscalía de Estado, sin demanda judicial alguna, tendiente a relocalizar un barrio que vive en condiciones ambientalmente críticas.

---

atención e hipótesis), se desplazan ciertas inquietudes para dar lugar a otras, todo lo cual hace del trabajo en la Clínica una experiencia sumamente enriquecedora para sus integrantes.

Las controversias suscitadas en el grupo alrededor del techo de cristal en el Poder Judicial bonaerense se originan en el afán de discernir la vía más eficaz para erradicarlo y lograr, de ese modo, la equidad real en términos de género. Ésta fue, en efecto, una de las primeras cuestiones a abordar en miras a delinear nuestra futura intervención: ¿será la vía judicial la más pertinente o tal vez deberíamos interponer un reclamo administrativo? ¿Cómo abrir las puertas de la legitimación activa para poder avanzar en nuestro reclamo sin quedar atrapados en complejos obstáculos procesales? ¿Estamos legitimadas o necesitamos también de la fuerza colectiva de agrupaciones que nos acompañen? ¿Cuál es el rol del Defensor del Pueblo en todo esto?

Pero el debate no se agota allí, ya que al momento de esbozar la pretensión deberemos tener en claro qué tipo de medidas nos acercan al objetivo de lograr la equidad. En ese marco cobra interés el cupo, una medida de acción-discriminación positiva que ha resultado fructífera en otros ámbitos y que, a la luz de la CEDAW, podría ser aplicable al caso. Nos referimos específicamente al artículo 4 inc. 1 de la Convención:

La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. (Art. 4 inc. 1, CEDAW)

Este camino de aprendizaje crítico nos lleva asimismo a calzarnos los zapatos de Fiscalía de Estado en su rol de contraparte necesaria en un eventual proceso judicial. Así, ponemos en crisis una vez más las conclusiones obtenidas y descubrimos nuevos ribetes de análisis, ensayando las posibles respuestas que podrían llegar desde los órganos del Estado.

La primera objeción que suele esgrimirse frente a la propuesta de adoptar medidas de discriminación positiva es que con ellas se resiente, desconoce o desplaza la idoneidad, única condición que permite distinguir quiénes son aptos para acceder a un empleo determinado. Efectivamente, se aduce que cuando de

---

ocupar cargos públicos se trata es menester priorizar este valor fundamental para que los puestos de poder sean desempeñados por los más capaces, pilar que no puede lesionarse en aras de la equidad. Es una cuestión compleja y, planteada en esos términos, resulta tramposa por ubicarnos frente a un falso dilema: busca colocar en puja o contradicción (como si se tratara de un juego de suma cero) dos principios que en rigor de verdad no se oponen, se complementan.

Demás está decir que ningún análisis acerca del techo de cristal propone eliminar la idoneidad como requisito fundamental para el desempeño de la función pública, en especial teniendo en cuenta que se trata de un principio de raigambre constitucional (Constitución Nacional, art. 16). De hecho, si la pretensión consistiera en exigir una medida de acción positiva como lo es el cupo, ello implicaría que el concurso para cubrir determinados cargos se lleve a cabo exclusivamente entre mujeres y, según los resultados obtenidos, elegir ulteriormente a la más idónea. ¿Alguien es capaz de sostener que en términos generales los hombres son más idóneos que las mujeres, de modo que la exclusión de los primeros de los concursos podría perjudicar la calidad del servicio de justicia? Si algún asidero tiene esa afirmación deberá probarse a la luz de la documentación obrante en el Consejo de la Magistratura con motivo de los concursos de oposición y antecedentes realizados hasta la fecha.

El problema surge cuando nos preguntamos qué entendemos por idoneidad y cómo lograrla. Una composición heterogénea de la justicia, que represente a los distintos sectores de la sociedad, ¿no contribuye, acaso, a una mayor calidad en la resolución de controversias? ¿En qué se basa la premisa de que la actual composición del Poder Judicial provincial sería más garante de la idoneidad que una composición equitativa?

También analizamos otras posibles objeciones, como el intento de aplicar a casos como el presente (que involucran a todas las funciones del Estado) la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y la frecuente alusión al deber de no intromisión del Poder Judicial en el ámbito discrecional de decisión del Poder Ejecutivo. Éstos, y aún otros reparos que esperan ser analizados, son parte necesaria de nuestras discusiones y las enriquecen. En eso consiste gran parte de la tarea clínica: abrazar la incertidumbre, desandar los caminos recorridos y asumir que no hay solución obvia ni definitiva, porque un pequeño cambio en la realidad con la que trabajamos puede tornar ineficaz lo que actualmente constituye nuestro mejor curso de acción.

## VI. Lo que viene

La tarea que tenemos por delante es extensa, compleja y desafiante. Resta aún avanzar con la exploración a fin de recabar datos que nos ayuden a traducir y a exponer, de manera concreta y clara, una realidad mutante y de relieves diversos.

Nos interesa conocer cuántas abogadas y abogados egresan de las universidades públicas y privadas, cuántos de ellos/ellas se presentan a concursos para cubrir vacantes de cargos judiciales, qué puntaje obtienen, quiénes resultan ternados y quiénes no. Contamos, sin embargo, con relevantes precedentes jurisprudenciales que acogen reclamos de mujeres vinculados al acceso a determinados empleos. Nos referimos aquí a hitos tales como “Freddo”<sup>15</sup>, “Sisnero”<sup>16</sup> y “Borda”<sup>17</sup>, cuyos argumentos ameritan ser minuciosamente examinados a la hora de considerar su posible extrapolación al caso que aquí nos convoca.

En sentido análogo, cabe tener presente que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomendó a los estados parte de la CEDAW, respecto de la justiciabilidad, que se confronten y eliminen los obstáculos a la participación de las mujeres como profesionales en todos los órganos y a todos los niveles de los sistemas de justicia e instó a que tomen medidas, incluso especiales de carácter temporal, para garantizar que estén igualmente representadas en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2015). Esta recomendación, junto con la manda del artículo 11 de la CEDAW, corrobora que hay un reclamo posible tendiente a romper con el techo de cristal de la justicia bonaerense.

A esta labor nos dedicaremos en los encuentros de cada viernes a las 18 horas, en el área donde la Facultad mira el afuera y entiende al derecho como

---

<sup>15</sup> CNCiv sala H, “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/amparo”, sentencia del 16 de Diciembre de 2002.

<sup>16</sup> CSJN, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/amparo”, sentencia del 20 de Mayo de 2014, Fallos: 337/611.

<sup>17</sup> CNTr sala II, “Borda, Erica c/ Estado Nacional (Ministerio De Trabajo, Empleo Y Seg Social de La Nación y otros s/Accion de Amparo”, sentencia del 11 de Octubre de 2018, Nº 113 078.

---

una herramienta capaz de transformar la realidad que día a día nos interpela,  
como mujeres y como abogadas.

---

## Bibliografía

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2015). *Recomendación General Nº 33*. Recuperado (7/09/2019), desde (<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Comments.aspx>)

Constitución de la Nación Argentina (1994).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Extraído el 7/09/2019 desde <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Gastiazoro, M.E. (2013). *Género y trabajo: mujeres en el poder judicial*. Córdoba: Centro de Estudios Avanzados.

Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de La Nación. (2014). *Acceso de las Mujeres a la Magistratura: Perfil de las/os postulantes a los concursos*. Recuperado (7/09/2019), desde (<https://www.csjn.gov.ar/om/docs.html>).

Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de La Nación. (2018). *Mapa de género de la Justicia Argentina*. Extraído el 7/09/2019 desde <https://om.csjn.gov.ar/mapagenero/consultaMapa/consultaSTP.html?queListar=&idJurisdiccion=>

Verbic, F. (2018). Clínicas jurídicas en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP: generando un nuevo espacio para aprender, investigar y trabajar en temas de interés público. *Revista Derechos en Acción*. N°8 (567-583).

# Artículos

---

# Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva

Edilson Vitorelli<sup>18</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta uma proposta de reconstrução dos conceitos relacionados ao processo coletivo, desenvolvidos no Brasil e adotados em diversos países da Ibero-América. Demonstra-se que as noções de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conquanto historicamente relevantes, são inadequadas e imprecisas para a condução empírica do sistema processual. Propõe-se, a partir dessa constatação, o desenvolvimento de uma classificação de litígios coletivos, cujos conceitos são construídos indutivamente, a partir de casos tratados em processos coletivo. Sustenta que a tipologia de litígios é capaz de orientar, mais precisamente, a propositura, processamento e decisão de ações coletivas.

**PALAVRAS-CHAVE:** processo civil, tutela coletiva, direitos transindividuais.

**ABSTRACT:** This paper presents a proposal to reconstruct the basic concepts that orient collective redress. They were developed in Brazil and exported to many countries in Ibero-America. I demonstrate that the notions of diffuse, collective and individual homogenous rights are imprecise and inadequate to orient a collective redress system. I propose to replace these concepts with a typology of collective rights, built from a perspective of the rights that have been violated.

**KEY-WORDS:** civil procedure, collective redress, transindividual rights

---

<sup>18</sup> Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Visiting scholar na Stanford Law School e visiting researcher na Harvard Law School. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde é também coordenador de pós-graduação e da Escola Superior do Ministério Público da União, onde é coordenador de ensino. Professor do mestrado da Universidade Católica de Brasília. Procurador da República. [edilsonvitorelli@gmail.com](mailto:edilsonvitorelli@gmail.com)

## 1. A história de um problema<sup>19</sup>

Entre 1977 e 1981, José Carlos Barbosa Moreira escreveu quatro artigos que estavam destinados a se tornar a certidão de nascimento dos debates do processo coletivo (1984, pp. 173-181; 183-192; 193- 221; 1988, p. 110- 123). Barbosa Moreira lamentava a pouca utilização da ação popular, cuja lei data de 1965, e antevia o crescimento incessante de situações “em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas”. Embasado em doutrina italiana, o autor estabeleceu os contornos dos direitos chamados coletivos e difusos, preocupando-se sobretudo com estes, uma vez que “o interesse que se quer tutelar não é função dele [do vínculo entre os titulares], mas antes se prende a dados de fato, muitas vezes acidentais e mutáveis”. Paralelamente, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior publicaram textos com preocupações e debates similares, atentando para o avanço da vida social, não acompanhado pelo direito (GRINOVER, 1979; OLIVEIRA JÚNIOR, 1978)<sup>20</sup>. Como afirmou Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, “trata-se, na realidade, de assunto dos mais graves e preocupantes surgidos no campo do direito”(OLIVEIRA JÚNIOR, 1984)<sup>21</sup>.

A atenção dedicada ao tema por esses autores fez com que, ao longo da década de 1980, o assunto ganhasse destaque, transformando-se em tema de debates acadêmicos, seminários de pós-graduação, ciclos de palestras e projetos de lei. Tudo isso redundaria na aprovação, entre meados da década de 1980 e início da década de 1990, de um expressivo arcabouço legislativo que constitui, até hoje, a base do sistema de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil.

Passados mais de trinta anos desses debates, a tutela dos direitos de grupo é uma realidade consolidada no Brasil, seja em termos doutrinários, acadêmicos, legislativos ou jurisprudenciais. A análise do direito comparado permite

---

<sup>19</sup> As ideias descritas neste trabalho foram desenvolvidas mais detalhadamente em VITORELLI (2019). Esta obra foi vencedora do prêmio Mauro Cappelletti, atribuído pela International Association of Procedural Law – IAPL ao melhor livro de processo do mundo, escrito por um autor com menos de 40 anos.

<sup>20</sup> Ambos os textos são retomados por seus respectivos autores em GRINOVER (1984).

<sup>21</sup> In GRINOVER (1984, p 9). Esta obra reúne os textos das conferências proferidas no “Seminário sobre a tutela dos interesses coletivos”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em dezembro de 1982.

---

considerar o Brasil como detentor de um sistema pleno de tutela coletiva, ao mesmo tempo em que diversos outros países aprovaram reformas processuais destinadas a introduzir, em alguma medida, esses mesmos conceitos. (CAMPOS, 2012, p. 203-245)

Ocorre que esses conceitos, apesar de se mostrarem pragmaticamente úteis, não foram teoricamente desenvolvidos de modo muito preciso. A primeira impressão que se tem a partir da leitura dos artigos que inauguraram os debates acerca do processo coletivo no Brasil é a sensação generalizada de perplexidade. Kazuo Watanabe demonstra bem esse sentimento:

Devo confessar, inicialmente, que vim para a palestra de hoje com a apreensão de um jogador de xadrez que vai a uma disputa levando o equipamento sem saber se está com as peças completas.

O tema realmente reclama meditação profunda e o estudo a que procedi não me dá, ainda, a segurança de estar com os elementos completos. (GRINOVER, 1984)

O desconforto de Watanabe era compartilhado por todos naquele momento. Barbosa Moreira, ao iniciar sua obra primeira sobre o assunto, busca distinguir um primeiro grupo de casos em que há mais de um titular ativo ou passivo da obrigação, situação para a qual o processo individual tradicional encontra soluções, de dois outros grupos, mais problemáticos. O primeiro deles é a situação em que existe uma relação jurídica base que une titulares de um determinado direito, mas o interesse de cada um deles nasce de um interesse derivado dessa relação e não propriamente de seu conteúdo. Como o direito objeto da relação é indivisível, a situação demandará solução uniforme para todos os titulares, independentemente de quem seja o demandante.

A segunda situação é a que provoca maiores desconfortos. É aquela em que não existe sequer relação jurídica base. Os titulares de um determinado direito se vinculam apenas por circunstâncias de fato “muitas vezes acidentais e mutáveis”, de modo que é impensável “a decomposição do interesse comum a tais pessoas num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades análogas, mas distintas”.

Barbosa Moreira reiterará que “o conjunto dos interessados apresenta contornos fluidos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos superlativamente difícil, a individualização exata de todos os componentes”. Em seguida, o autor afirma: “deixaremos de lado a própria questão fundamental

---

nessa perspectiva: se se trata de posições jurídicas verdadeiramente identificáveis como *direitos* dos membros da coletividade ou de meros *interesses reflexamente protegidos*". Para a perspectiva de Barbosa Moreira, essa é uma questão menor, como o autor esclarece em seguida:

O problema, aliás, muito relevante em nível teórico, já o é menos ao ângulo prático: desde que se esteja persuadido – e o consenso, a tal respeito, vai-se tornando universal – da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber *a que título* se lhes há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexistente princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra.

Aí está a primeira das simplificações do debate. É certo que os direitos difusos e coletivos, sobretudo os difusos, não se enquadram no sistema tradicional de classificação dos direitos, em uma estrutura relacional em que se verifique um credor, uma prestação e um devedor. Mas também é certo que, até aquele momento, ninguém havia desenvolvido outra classificação que pudesse dar conta da titularidade desses direitos. A saída encontrada por Barbosa Moreira foi afastar a discussão acerca da natureza ou titularidade desses direitos ou interesses, desde que eles tivessem tutela adequada. Se o processualista carioca considerava que a resposta a essa questão estava fora dos limites do trabalho a que se propunha naquele momento, o fato é que ela permanece sem resposta até a atualidade. Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, considerou que essa categoria de interesses sequer poderia ser denominada de "direitos", já que tal denominação demandaria uma total reformulação do conceito clássico de direito subjetivo.

A dúvida permaneceu no debate da década de 1980, com seu reflexo mais visível na redação do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo anteprojeto foi elaborado pelo mesmo grupo de autores que protagonizavam as discussões do processo coletivo (OLIVEIRA JR, 2000, p. 9 e ss). A preocupação do art. 81 do CDC foi caracteristicamente de natureza processual: evitar que os direitos difusos fossem vistos como meros interesses e, nesse aspecto, não

---

passíveis de tutela jurisdicional<sup>22</sup>. A missão foi perfeitamente cumprida. Quando o Estado pretendeu excluir de tutela algumas espécies de direitos de grupo, se viu obrigado a fazê-lo por alteração legislativa<sup>23</sup>.

A pergunta, então, permaneceu sem resposta: o que são e de quem são os interesses ou direitos transindividuais? Apesar de existir uma conceituação legal, ela toma como pressuposto a necessidade de tutela desses direitos e não a definição de sua natureza. É claro que não há objeção preliminar à adoção de um conceito pragmático, ou mesmo a não se adotar conceito algum. Contudo, conforme se demonstrará, o pragmatismo fez com que determinados problemas, já identificados na década de 1980, ficassem sem solução.

Ao longo dos anos, foi possível perceber que a insuficiência conceitual se reflete empiricamente e é capaz de causar problemas para a condução dos processos, os quais repercutirão, mais cedo ou mais tarde, nos sistemas Ibero-Americanos que também adotaram esses conceitos.

A proposta que se apresenta no restante deste artigo é delinear uma alternativa aos conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que viabilize um encaminhamento mais hábil a conduzir os processos que versam sobre eles.

---

<sup>22</sup> Kazuo Watanabe (2011, p. 70), afirma: “A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade (...) pudessem ser havidos como juridicamente passíveis de proteção. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre interesses simples e interesses legítimos permitiu um pequeno avanço, com a outorga de proteção da tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero interesse na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro da tutela jurídica e jurisdicional”.

<sup>23</sup> Trata-se da Medida Provisória 2.180-35/2001, que, sendo resultante de sucessivas reedições da Medida Provisória 1.798/1999, permanece em vigor em razão do disposto no art. 2º da Emenda Constitucional 32/2001. O texto foi incluído no parágrafo único do art. 1º da LACP a partir da Medida Provisória 1984-19/2000, em vigor a partir de 30.06.2000, dispondo que “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

## 2. Litígios coletivos

O primeiro passo para compreender a teoria dos litígios coletivos é esquecer tudo o que já se aprendeu sobre a classificação de direitos. A teoria tradicional pressupõe que existem direitos individuais, que pertencem a pessoas, e direitos coletivos, que pertencem a grupos. Esses direitos coletivos (em sentido amplo) são divididos entre difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos.

O ponto de partida da teoria dos litígios coletivos é oposto. Em vez de partir do abstrato, dos direitos, para depois tentar explicar a realidade, ela parte do concreto, dos casos que existem para, então, criar uma classificação. Como toda construção jurídica interessa muito mais nos casos em que há desacordo acerca da conduta devida, e não nos casos em que há acordo, a teoria é construída sobre a análise de casos em relação aos quais há conflitos envolvendo grupos. Ela parte, portanto, de litígios coletivos.

É bom observar que todos os litígios coletivos que foram utilizados para a construção da teoria efetivamente aconteceram. Nenhum caso foi inventado. Isso se deve ao objetivo de criar uma teoria que explique a realidade, em vez de se criar uma realidade hipotética, apenas para que ela se adapte à construção teórica. Toda a teoria dos litígios coletivos foi construída empiricamente.

Litígios são conflitos relativos a interesses juridicamente relevantes. Em inglês, os litígios são referidos como *disputes*. A atuação da jurisdição, na modalidade contenciosa, pressupõe um litígio. O Poder Judiciário não é órgão de consulta ou aconselhamento das partes. No processo individual, os conflitos se estabelecem entre indivíduos, retratados nos famosos exemplos de “Caio contra Tício”. Sendo os titulares dos direitos litigiosos, essas pessoas terão condições de definir de que modo atuarão para resolvê-lo e, se houver processo, elas se posicionarão como partes.

Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, que experimenta o conflito coletivamente. Isso significa que, conquanto possa haver nuances acerca dos efeitos do conflito sobre cada uma das pessoas que compõem o grupo, elas estão, de maneira geral, envolvidas no mesmo problema. Elas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais.

Não se deve associar esse conceito ao instituto processual do litisconsórcio, que pressupõe uma aglomeração de autores e réus. O litígio é uma situação fática. Um litígio individual se desenvolve entre uma pessoa e outra e decorre diretamente de relações que se desenvolvem entre elas, *intuito personae*. Em litígios coletivos, o problema que opõe o grupo à parte contrária é comum, em maior ou menor grau, aos membros do grupo e suas características individuais têm pouca ou nenhuma relevância para a solução do problema. Um grupo de pessoas está envolvida em um conflito que as afeta de maneira coletiva. Não interessa, por enquanto, de que modo esse litígio vai ser resolvido.

Mas o que diferencia um litígio coletivo de um conjunto de litígios individuais? Por exemplo, se dez pessoas vão ao mesmo alfaiate, contratam a produção de um terno sob medida e o alfaiate comete o mesmo erro nos dez casos, estamos diante de um litígio coletivo? E se essas mesmas dez pessoas compram latas de leite condensado, produzido industrialmente, contendo pedaços de insetos, esse seria um litígio coletivo?<sup>24</sup>

No primeiro caso, temos dez litígios individuais. Os contratos firmados com o alfaiate são estabelecidos individualmente e de forma específica para cada pessoa. Os erros só são iguais entre si por coincidência, mas são cometidos em circunstâncias distintas. Não existe, nesse caso, uma relação entre o alfaiate e o grupo de consumidores, que leve o produtor a tomar decisões que os afetem coletivamente. O produtor lesa os consumidores individualmente.

Por outro lado, o fabricante de leite condensado produz sem saber quem será o seu comprador. As decisões que toma acerca das precauções contra contaminantes em sua cadeia de produção afetam a todos os consumidores, sem levar em consideração quem é a pessoa que comprará o produto. Se existem dez consumidores que sofreram a mesma lesão, é provável que existam muitos mais por ela afetados, mas com pedaços de barata insuficientemente grandes para serem percebidos a olho nu. O produtor lesa os consumidores coletivamente.

Assim, o litígio coletivo é aquele em que a relação jurídica que se estabelece toma em conta o grupo como ente coletivo, sem levar em consideração as características dos indivíduos que o compõem, ou as relações jurídicas nas quais eles se envolvem, isoladamente consideradas. O que

---

<sup>24</sup> Trata-se de caso real: REsp 1.239.060-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/5/2011.

---

caracteriza um litígio coletivo é que o grupo se envolve no conflito como ente coletivo, não como um conjunto de indivíduos isoladamente considerados.

Finalmente, um aperfeiçoamento terminológico. A referência a grupo, coletividade ou classe de pessoas é feita pela literatura jurídica de maneira atécnica, esquecendo que esses fenômenos são estudados por outra ciência, a Sociologia. Por essa razão, parece mais adequado dizer, daqui por diante, que os litígios coletivos são aqueles que envolvem a sociedade.

### **3. Os litígios, a sociedade e o problema da indivisibilidade**

Conforme já mencionado, a principal premissa da teoria dos litígios coletivos é a de classificar litígios, não direitos. A teoria não responde a quem pertence o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. O que ela pretende responder é a qual sociedade pertence esse direito, caso ele se torne litigioso, de modo a definir como essa sociedade vai atuar na solução do litígio.

Assim, da mesma forma que, para Bauman, a sociedade é um conceito performativo, que cria a entidade que nomeia, as características do litígio coletivo definem a acepção de sociedade que deverá ser considerada como titular do direito, para determinar a tutela adequada daquela lesão ou ameaça (BAUMAN, 2007, p. 365-376)<sup>25</sup>

O primeiro efeito prático dessa mudança de ponto de partida é que não se pode mais falar em indivisibilidade dos direitos difusos ou coletivos. Pode até ser que esses direitos sejam indivisíveis, enquanto íntegros, mas quando ocorre o litígio, não se pode dizer que todas as lesões coletivas atingem, da mesma forma, a todas as pessoas, nem que, quando ocorrer a reparação, todas elas serão beneficiadas do mesmo modo. Não é assim que as coisas acontecem na vida.

Em outras palavras, os direitos coletivos, enquanto íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não podem ser transacionados ou apreendidos individualmente, nem usufruídos em cotas. Mas isso não significa que, dada a prática do ilícito ou a existência de lesão ou ameaça de lesão ao direito, os litígios coletivos necessariamente atinjam ou

---

<sup>25</sup> Por brevidade, se deixará de repetir a expressão “ou ameaça de violação” daqui por diante, ficando entendido que, sempre que se trata de violação, não se está pressupondo um apenas a lesão já consumada, mas também a ameaça de lesão, que ensejaria a tutela inibitória, ou ainda a simples prática do ato proibido, que acarretaria a tutela de remoção do ilícito.

---

interessem, da mesma forma, todas as pessoas. (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 174)<sup>26</sup>

Isso quer dizer que, embora a doutrina venha repetindo que os direitos essencialmente coletivos são indivisíveis, e que a indivisibilidade seja expressamente mencionada nos incisos I e II, do parágrafo único, do art. 81 do CDC, essa característica só existe quando se considera o direito íntegro. Quando ocorre a lesão, é fácil perceber que todos os habitantes do país ou do planeta não serão afetados da mesma forma. Isso dependerá das características da própria lesão.

Por exemplo, não parece difícil refutar a ideia de que a poluição do ar, causada pela queima da palha da cana-de-açúcar no município de Piracicaba/SP<sup>27</sup>, interesse, na mesma medida, aos habitantes de Piracicaba e aos habitantes de Porto Alegre ou de Buenos Aires. Somente seria possível argumentar que existe interesse de todos na proteção do ecossistema planetário se se pretendesse trazer para o Direito os postulados da teoria do caos<sup>28</sup>, que afirma que a mais mínima alteração ambiental interessa a todos os habitantes do planeta, em razão dos efeitos imprevisíveis ou cumulativos que pode acarretar. Essa proposição, ainda que interessante, pouco se coaduna com a realidade, na qual se observa que um grande número de lesões ambientais só tem relevância do ponto de vista local, não interessando a indivíduos ou sociedades geograficamente distanciadas. Por essa razão, não parece se confirmar empiricamente a afirmação de que, em relação aos direitos difusos, “instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão a um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”.

---

<sup>26</sup> Como o próprio autor ressalta, trata-se de uma construção baseada na doutrina de Andrea Proto Pisani.

<sup>27</sup> O Ministério Público Federal tratou da questão da queima da palha da cana-de-açúcar em Piracicaba nos autos da Ação Civil Pública 0002693-21.2012.4.03.6109, que tramitou perante a 2ª Vara Federal de Piracicaba. A petição inicial, bem como outros materiais relacionados ao caso, está disponíveis em <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/12-04-12-2013-mpf-quer-suspensao-imediata-da-queima-da-palha-da-cana-na-regiao-de-piracicaba](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/12-04-12-2013-mpf-quer-suspensao-imediata-da-queima-da-palha-da-cana-na-regiao-de-piracicaba)>.

<sup>28</sup> Postulado físico que afirma que, em sistemas dinâmicos complexos, os resultados finais são sensíveis às menores variações nas condições iniciais. A formulação de Edward Lorenz, em 1963, ficou conhecida como “efeito borboleta”.

Outra obscuridade no debate quanto à titularidade supostamente indivisível dos direitos transindividuais é se a referência pertencerem a todos se dirige a todos os habitantes (ou à sociedade) de cada país ou do planeta? Essa informação fica usualmente oculta por trás do caráter “indeterminado e indeterminável” do grupo ou dos indivíduos titulares do direito<sup>29</sup>.

No entretanto, esse dado é crucial. Pretender que um direito difuso pertence apenas à população ou à sociedade brasileira soa como fundar o conceito em uma visão nacionalista do século XIX, desvinculada do mundo global, caracterizado fundamentalmente pela transnacionalização da regulação do Estado-nação e pela progressiva irrelevância das fronteiras política (SANTOS, 1998, p. 74 e ss.). A recorrência de conflitos coletivos transnacionais demonstra o anacronismo dessa pretensão. Ricardo Luis Lorenzetti nota que, com o surgimento da sociedade de massa e da economia global, regidas pela evolução tecnológica, criam-se inúmeros riscos que têm o potencial de se expandir para além das fronteiras nacionais (LORENZETTI, 2019, p. 13). Também Michele Taruffo atenta para o problema, observando que “no atual mundo globalizado, a administração da justiça e a proteção de direitos não podem ser consideradas – como tem sido até agora – como questões pertencentes apenas à soberania pós-wesphaliana de estados-nação” (TARUFFO, 2012, p. 23-30).

Em realidade, o que se percebe é que algumas lesões de fato interessam, coletivamente, a todas as pessoas do planeta. É o caso, por exemplo, do aquecimento global. Por outro lado, lesões ambientais mais localizadas, cujo impacto repercute apenas sobre o ecossistema local, como a remoção da cobertura vegetal de uma área de preservação permanente, não têm essa dimensão. Como se percebe, mais uma vez, avaliar as características da lesão é fundamental.

Assim, se as lesões difusas e coletivas não são indivisíveis, porque não são experimentadas da mesma forma, por todas as pessoas, não existe, desse ponto de vista, diferença entre os direitos difusos e coletivos, de um lado, e os

---

<sup>29</sup> Gidi, ao contrário da maioria, observa, em nota de rodapé, que seu uso de comunidade não se refere à comunidade brasileira como um todo, mas uma comunidade “fluida e mais ou menos ampla, a depender do direito material em questão”. Apesar disso, o autor não soluciona o problema aqui debatido porque insiste que essa comunidade é formada de pessoas indeterminadas e indetermináveis, bem como que a questão da determinabilidade dessas pessoas é “questão absolutamente irrelevante e dispensável para a sua proteção em juízo” (GIDI, 1995, p. 2). O que se pretende demonstrar aqui, no sentido oposto ao defendido pelo ilustre autor, é que essa questão não é nem irrelevante nem dispensável para a adequada proteção desses direitos em juízo.

---

individuais homogêneos, de outro. Todo litígio que envolve uma sociedade tem um aspecto coletivo, repercutindo sobre aquela organização social, mas também tem uma dimensão individual, pertinente a cada um de seus integrantes.

Percebe-se, com isso, o quão artificial é a tentativa de diferenciar direitos coletivos de individuais. O indivíduo não existe fora do coletivo e a sociedade não existe sem indivíduos. Um litígio coletivo atinge uma sociedade, o que significa que também atinge os indivíduos que a compõem. Do mesmo modo, lesões causadas a indivíduos, coletivamente, e não singularmente, também afetarão, em alguma medida, a sociedade à qual eles pertencem. Há uma circularidade na relação entre indivíduos e sociedade que não pode ser desfeita no âmbito do processo. Fora de exemplos acadêmicos e caricaturais, indivíduos e sociedade sempre estarão reciprocamente implicados.

Porém, conforme antecipado, nem todos os litígios coletivos têm as mesmas características. Depois de analisar concretamente vários deles, foi possível encontrar duas características cuja variação permite auxiliar na compreensão da nova classificação que será proposta. Elas são a conflituosidade e a complexidade, descritas abaixo.

#### **4. A conflituosidade**

Há algum tempo, a doutrina brasileira já percebeu que os litígios coletivos são caracterizados pela sua “conflituosidade” (PRADE, 1987, p. 50). É certo que, na realidade empírica, muitas vezes se encontram interesses contrapostos, afirmados a partir da mesma situação subjacente, sem que se possa imaginar, de imediato, que uma posição esteja certa e outra, errada. A queima da palha da cana-de-açúcar, por exemplo, por mais repreensível que seja do ponto de vista ambiental, viabiliza a colheita manual do produto, de forma que a sua proibição pode acarretar elevação acentuada do desemprego em certas localidades, causando, assim, lesão a essas municipalidades e a seus habitantes, com o comprometimento de outros valores sociais, tais como a saúde, a educação e a segurança pública. Logo, o combate a uma conduta ambientalmente lesiva pode causar prejuízos aos próprios integrantes da comunidade que se beneficiaria imediatamente da sua eliminação.

Essa percepção de que uma situação concreta contém em si interesses conflitantes já representa um avanço em relação às formulações originais relativas ao processo coletivo, ainda na década de 1980. Barbosa Moreira, em

---

passagem muito citada, indagava-se acerca da irreparabilidade das lesões difusas, nos seguintes termos:

Quem será o lesado quando se deixa ruir um exemplar precioso da nossa arquitetura barroca, ou quando se autoriza a instalação de indústria poluente junto a uma praia onde o povo costuma banhar-se, ou quando se sonegam ao público informações sobre circunstâncias que aconselham a adoção, por todos, de cautelas especiais para a defesa da saúde? (...)

Como recuperar a obra de arte destruída? Quem trará de volta os pássaros afugentados pelo desmatamento, os peixes mortos pelos detritos lançados à água (...) (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 178).

Esses exemplos não se resolvem com a aparente simplicidade com a qual são postos. A autorização para a instalação de uma indústria poluente pode ter levado em conta outros fatores, como um juízo administrativo entre a quantidade de frequentadores da praia e o avanço social passível de ser proporcionado pelo empreendimento. Via de regra, toda atividade humana – inclusive o banho de mar - é poluente, encarregando-se a legislação ambiental de sopesar o impacto da poluição e o benefício da atividade.

Todavia, ainda que a percepção acerca da conflituosidade inerente aos direitos transindividuais seja correta, a doutrina não conseguiu desenvolver solução para além dela. Se existe o conflito, qual deve ser a conduta do juiz? Essa pergunta fica sem resposta porque se imagina a conflituosidade como um elemento da indivisibilidade dos direitos coletivos. No entanto, ela denota o oposto. Se há diferentes interesses no seio do mesmo litígio coletivo, isso significa que uma decisão não vai dar a todas as pessoas a mesma tutela, eis que atenderá ou desatenderá, em medidas diferentes, os interesses dos integrantes da sociedade.

Em outras palavras, se três pessoas são titulares do mesmo meio ambiente, mas uma teria seus interesses fortemente atingidos em razão de uma providência decorrente da procedência de uma demanda, enquanto a segunda teria algo a perder com o julgamento de improcedência da mesma pretensão e a terceira seria indiferente a ambos os resultados, é difícil enxergar como as três podem ser, de modo idêntico, titulares desse direito. Essa incompatibilidade entre a teoria e a realidade decorre da incompleta definição tanto do grupo

---

afetado pela decisão, quanto do significado sociológico do caráter conflituoso das relações entre seus integrantes.

Em conclusão, conflituosidade é a medida do desacordo interno à própria sociedade, acerca de qual seria a tutela adequada do direito material violado. Há casos pouco conflituosos, em que os indivíduos que integram a sociedade estão de pleno acordo sobre o modo de realizar a sua tutela ou em que o impacto da lesão sobre sua esfera individual é tão reduzido que eles não se importam suficientemente com ela para ter opiniões que possam gerar discordância. Em outros termos, ou a solução é óbvia, e nenhum dos lesados discorda dela, ou a lesão é tão pequena que ninguém se importa suficientemente com ela para gerar uma discordância.

Por outro lado, há casos em que o impacto da lesão sobre os indivíduos que compõem a sociedade é significativo e as pessoas, além de se importarem com ele, discordarão sobre qual é o melhor caminho para propiciar a sua tutela. Haverá quem prefira a reparação de modos, quantidades ou qualidades distintos. Esse conflito interno à sociedade, a que a doutrina norte-americana chama de *intra-class conflict*, é uma das características que variará nos diferentes tipos de litígio.

Cabe observar que, em algumas situações, o conflito será indistinguível do próprio direito afirmado em juízo. Há direitos que são, em si, conflituosos. O processo, então, será capaz de atribuir soluções parciais, que decorrem de seu próprio escopo finito no tempo – todo processo tem fim – mas o direito, após o processo, poderá ser tão ou mais conflituoso do que era antes dele. O processo coletivo realiza a ideia de Carnelutti, para quem o processo talvez consiga apenas “fazer que cesse a contenda, o que não quer dizer fazer que cesse o conflito, que é imanente” (CARNELUTTI, 2000)

## **5. A Complexidade**

Da mesma forma que a intensidade dos conflitos no interior da sociedade envolvida no litígio coletivo pode variar, também pode variar a complexidade do próprio litígio.

A doutrina costuma referir que cabe ao legitimado coletivo pleitear a tutela do direito ameaçado ou violado. Em inúmeros casos, a definição dos contornos do pedido não é problemática. Há litígios coletivos em que a pretensão é unívoca e de fácil apreensão pelo legitimado coletivo, acarretando uma decisão fácil para o juiz. São litígios coletivos simples. Mas há outros litígios coletivos, que

serão aqui denominados complexos, em que nem a pretensão, nem a tutela jurisdicional a ser prestada, podem ser definidas de modo unívoco pelos envolvidos<sup>30</sup>.

Por exemplo, se um grupo de consumidores adquire um pacote de produto que deveria conter um quilograma, mas contém apenas novecentos gramas, há um litígio coletivo simples. Nessa situação, não é preciso grande esforço para definir que a pretensão do grupo lesado será a compensação pelos cem gramas faltantes. Por via de consequência, a definição da tutela jurisdicional a ser prestada se reveste de considerável simplicidade, variando apenas de acordo com a comprovação ou não dos fatos que compõem a causa de pedir.

Muito diferente é a situação com a qual se defrontam os legitimados coletivos em casos atinentes, por exemplo, a conflitos socioambientais. Se uma sociedade é lesada pela construção de usina hidrelétrica que desloca pessoas, alaga terras de comunidades tradicionais, altera o curso do rio, interfere nas relações interpessoais dos moradores, abala a dinâmica socioeconômica da região, diminui a ictiofauna, modifica o trajeto das estradas, extingue espécies animais endêmicas, impede a realização de determinadas atividades produtivas e piora as condições de saneamento, se está diante de uma miríade de pretensões coletivas que dificilmente serão unívocas ou de fácil apreensão pelo legitimado coletivo e pelo juiz<sup>31</sup>.

Conforme se observa, quando se trata de litígios coletivos simples, não é problemático que o legitimado coletivo e o juiz definam a extensão e os contornos da pretensão e da tutela jurisdicional. Todavia, se a situação versar sobre um litígio coletivo complexo<sup>32</sup>, haverá possibilidade de que essa tutela se

---

<sup>30</sup> Essa distinção é inspirada no pensamento de HART (2001, p. 166).

<sup>31</sup> Também percebeu essa característica, embora sem fazer a distinção aqui explicitada, MANCUSO (1994) p. 80. A análise de sua posição será retomada adiante.

<sup>32</sup> A terminologia dialoga com a utilizada nos Estados Unidos, embora tenha um sentido diferente. Naquele país, as *class actions* estão inseridas no gênero *complex litigation*. Curiosamente, contudo, o significado dessa expressão não é unívoco no seu país de origem, tendo, como dizem Tidmarsh e Trangsrud, um caráter de “I-know-it-when-I-see-it”. Em linhas gerais, a sob a designação de complex litigation estão os litígios que demandam do Judiciário atuação para além do que dele se espera em um processo comum, independentemente da natureza do direito material subjacente. São exemplos dessa modalidade os casos de litígios antitruste de grandes dimensões, a fase de implementação de decisões de dessegregação racial ou as demandas relacionadas às lesões provocadas pela exposição ao amianto. Em outras palavras, complexos são os casos nos quais o sistema processual ordinário não funciona bem para solucionar a disputa. Ver TIDMARSH.; TRANGSRUD (2002)

---

revista de múltiplas formas e nunca será claro, *ex ante*, qual, dentre as possibilidades, é a mais eficaz para a reparação ou prevenção da lesão ao bem jurídico. Também não restará claro qual a pretensão desejada pela coletividade lesada.

Litígios coletivos complexos são, portanto, litígios para os quais se pode admitir desacordo razoável sobre qual seria a tutela adequada do direito material, enquanto os litígios simples são aqueles em que a reparação se manifesta de maneira unívoca.

## **6. Proposta para um novo conceito de litígio coletivo**

A proposta que se apresenta a seguir, com base nas premissas enunciadas, é a de que, quando vistos sob o prisma do litígio, os direitos coletivos pertencem não “à sociedade”, ou “a todos”, mas a acepções distintas de sociedade, definidas a partir de parâmetros sociológicos. Trata-se de analogia com uma premissa da mecânica quântica. De acordo com o princípio da incerteza de Heisenberg, o ato de medir a posição de uma partícula subatômica só é possível pela interação da partícula com um instrumento de medição. Todavia, essa interação acarreta alteração de sua posição, o que faz com que a medição só seja válida para o momento em que ocorre, sendo impossível determinar a posição da partícula em qualquer outro momento, anterior ou posterior à sua realização.

Da mesma forma que o universo quântico não se comporta de acordo com a mecânica newtoniana, os direitos coletivos não se comportam os individuais. A passagem da norma objetiva para o direito subjetivo não se opera do mesmo modo quando o direito é coletivo. Essa subjetivação depende da violação. Ela faz com que possam ser delimitados e sua titularidade definida, de acordo com cada litígio. Isso não significa que, em outro litígio, anterior ou posterior, essa definição seja aplicável. Cada violação interage com o direito coletivo para fixar-lhe um conteúdo único e irrepetível, que constituirá o ponto de partida para sua análise.

Por exemplo, cada vez que o meio ambiente é violado, se produz um novo conceito de meio ambiente, pertencente à sociedade atingida pela lesão. Essa sociedade é composta a partir das características da violação e com o objetivo de se tratar o litígio dela decorrente, oferecendo-lhe, se for o caso, tutela jurisdicional. Assim, cada litígio coletivo apresenta um direito único e específico,

decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação, que pode ser enquadrado em categorias, de acordo com as diferentes situações de violação.

Propõe-se fixar três categorias de litígios coletivos, às quais correspondem distintas atribuições de titularidades, de acordo com a natureza da lesão. Elas são explicadas a seguir.

## 7. Litígios coletivos globais

A primeira categoria de litígios coletivos é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano<sup>33</sup>, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado por todo ser humano, em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. Nessa situação, em que a violação a um direito coletivo não atinge, de modo especial, a qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura.

Essa é a categoria que se aproxima das formulações clássicas do processo coletivo, que veem a sociedade como um ente supra-coletivo, despersonalizado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto (ELLIOTT e TURNER, 2012, p. 41). Aqui não se trata de proteger o bem jurídico porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa genericamente a todos.

Essa sociedade como estrutura, que titulariza os direitos nos litígios globais, se subdivide em subgrupos correspondentes à sociedade que integra cada Estado nacional. Não que o Estado seja o titular desses direitos (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2004, p. 50)<sup>34</sup>, mas a inexistência de um sistema transnacional de

---

<sup>33</sup> Em 1º de dezembro de 2012, o Ministério Público Federal em São José dos Campos instaurou inquérito civil público para investigar um vazamento de quantidade equivalente a 160 barris de petróleo em um dos campos de perfuração do pré-sal. A referência ao caso pode ser encontrada em <[http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias\\_prsp/01-02-12-2013-mpf-em-sao-jose-dos-campos-abre-inquerito-civil-publico-para-apurar-vazamento-de-petroleo-em-campo-do-pre-sal](http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/01-02-12-2013-mpf-em-sao-jose-dos-campos-abre-inquerito-civil-publico-para-apurar-vazamento-de-petroleo-em-campo-do-pre-sal)>. Acesso em 28.05.2014.

<sup>34</sup> O disseram, com clareza, García de Enterría e Fernández: “A Administração Pública não é representante da comunidade, mas uma organização colocada a seu serviço, o que, na essência, é diferente. Seus atos não são considerados por isso como próprios da comunidade – que é a característica da Lei, o que dá a esta sua superioridade e sua irresistibilidade –, mas sim próprios de uma organização dependente, que precisa se justificar em cada caso no serviço da comunidade à qual está adstrita”.

tutela coletiva ainda exige que cada Estado, de acordo com o seu direito interno, atue na proteção desses valores<sup>35</sup>.

Nesse tipo de situação, como nenhuma pessoa é lesada de modo especial, nenhuma opinião interessa de modo especial. O Estado deverá atuar contra o causador da violação. Caso a atuação seja deficiente ou ilícita, o sistema de controle do mesmo Estado, por intermédio da jurisdição coletiva, será chamado a exercer o papel de reforço de legalidade, oferecendo tutela jurisdicional ao direito violado. Isso não significa excluir a sociedade titular do direito do processo. A legislação estatal pode atribuir a ela o papel de fazer movimentar a máquina judiciária que atuará no reforço de legalidade. Uma associação de defesa dos oceanos poderá, no Brasil, ajuizar ação civil pública em razão do vazamento supra narrado, mas apenas porque a legislação brasileira assim a autoriza, não porque essa associação ou as pessoas que a compõem tenham uma especial relação de titularidade com o bem jurídico lesado, mais intensa que a dos demais integrantes da sociedade global.

Essa é a situação verificada, por exemplo, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao julgar uma série de casos envolvendo o derramamento de pequenas quantidades de produtos químicos na baía do porto de Santos. Em razão dos altos níveis de poluição já existentes no local, argumentava-se que o derramamento de pequenas quantidades de poluentes não ensejaria hipótese de reparação ambiental. O Tribunal afastou a tese, ao argumento de que não existe dano ambiental insignificante, nem ecossistema que, mesmo degradado, não possa ser prejudicado por novas lesões<sup>36</sup>. Há um interesse humano, não apenas dos brasileiros, nem dos habitantes do município de Santos, de que as águas não continuem a ser poluídas. Mesmo que essa poluição não atinja diretamente a ninguém, dado que o atual estado da baía não será alterado pelo

---

<sup>35</sup> Sobre o problema da atuação do Estado no contexto global, ver HELD (1997)

<sup>36</sup> No sentido do texto, ver os seguintes julgados, todos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: AC 00063841519994036104, rel. Des. Salette Nascimento, DJ 4.4.11; AC 02037252519944036104, res. Des. Alda Basto, DJ 5.8.10; AC 02044817319904036104, rel. Juiz Rubens Calixto, DJ 5.9.07, afirmando: “É irrelevante que a apelante tenha pago multa pelos atos praticados, visto que ela tem caráter punitivo e natureza administrativa, enquanto a reparação de danos tem natureza constitucional-civil, sendo devida independentemente das sanções de caráter penal e administrativo, nos termos do art. 225, 3º, da Constituição Federal”; AC 00020514920014036104, rel. Des. Johnsom di Salvo, DJ 16.5.14, condenando empresa a pagamento superior a R\$ 250.000,00, a título de reparação pelo derramamento de 50 litros de produtos químicos na baía de Santos. Em sentido oposto, aplicando uma ideia de insignificância, ver AC 02085028719934036104, rel. Des. Fábio Prieto, DJ 5.5.11.

---

derramamento de mais alguns litros de óleo, esse direito da sociedade deve ser tutelado.

Nesse sentido, é possível concluir que os direitos cuja lesão atinja uma coletividade, mas não cause impacto, de modo mais grave, a uma pessoa ou grupo de pessoas, pertencem à sociedade, entendida como o conjunto de habitantes do planeta, que se estrutura no interior de um Estado nacional, cujo aparato jurídico será responsável, de acordo com as normas internas e internacionais de atribuição de jurisdição, pelo processamento da violação. Nesse caso, estaremos diante de um litígio coletivo global (TARUFFO, 2012, p. 23-30).

Esse conceito deixa claro que as lesões aos direitos coletivos, se não atingem diretamente a qualquer cidadão, interessam, na mesma medida, aos habitantes do Brasil e a todos os demais cidadãos do mundo. É apenas pela ausência de um sistema transnacional de proteção ao patrimônio transindividual da humanidade que caberá a um determinado Estado, no exercício de sua soberania, tutelar os interesses de todos os membros dessa sociedade global.

A proposta é ilustrada pela classificação realizada pela UNESCO, quando atribui a determinados bens de elevado valor histórico e cultural a condição de patrimônio da humanidade. Tais bens são patrimônio de toda a humanidade, não de uma sociedade nacional, contingentemente delimitada por suas fronteiras políticas, mesmo que existam fisicamente apenas em um país. Na falta de um órgão internacional de proteção do patrimônio da humanidade, ou de um tribunal internacional habilitado a julgar suas violações, cabe a cada Estado nacional a tutela da parcela desse patrimônio que se encontrar em seu território. Se falhar nessa missão, o Estado viola os direitos não apenas da sociedade que o forma, mas de toda a humanidade.

Os litígios globais revelam que, em um problema coletivo, a soma das partes pode não corresponder ao todo. Nenhum dos indivíduos que compõem a sociedade se importa suficientemente com o litígio para agir, de modo que a soma dos interesses individuais é zero. Mas o interesse coletivo, da sociedade, em evitar ou reparar a lesão, é significativo e, dependendo do caso, pode ser elevado. Embora o aquecimento global interesse muito pouco da perspectiva individual, ele pode ser a diferença entre a vida e a morte do ser humano no planeta.

Nos litígios globais, o grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo, pois os indivíduos que a compõem são atingidos pela lesão

de modo uniforme e pouco perceptível individualmente, de modo que praticamente não há interesse pessoal no conflito. Todos se beneficiam igualmente quando o meio-ambiente do alto-mar é tutelado e todos são lesados igualmente caso se permita que o poluidor não repare o dano e, assim, incorpore ao seu patrimônio os custos nos quais teria que incorrer para evitar essa violação. A complexidade, embora possa variar, tende a ser baixa. É possível que esses litígios sejam simples, por exemplo, quando a reparação ambiental consistir em uma providência óbvia ou em indenização, em razão da impossibilidade de recuperação *in natura*. Por outro lado, pode haver casos de divergência científica legítima acerca da melhor forma de se tutelar o bem jurídico lesado, o que ensejará maior complexidade.

## 8. Litígios coletivos locais

A segunda categoria de litígios a ser analisada é a das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, no sentido que essa expressão tem para Ferdinand Tönnies<sup>37</sup>, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno (TÖNNIES, 1947, p. 19). É o caso das comunidades indígenas, quilombolas e demais grupos tradicionais minoritários, referidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Esses grupos constituem, na expressão de Elliott e Turner, “*sticky societies*”, sociedades com grande consciência de identidade própria e cuja lealdade do membro para com o grupo é essencial. (ELLIOTT; TURNER, 2012, p. 74.)

As lesões a direitos coletivos que atingem esses grupos causam efeitos tão sérios sobre eles, abalando suas estruturas de modo especialmente grave, que é justificável considerar que, nessa hipótese, eles são os titulares dos direitos coletivos lesados. Mesmo que se possa admitir que outras pessoas tenham relação com o meio ambiente lesado no interior de uma comunidade tradicional, é impensável que essa sociedade, diretamente atingida pela lesão, seja tão relevante para a tutela do direito quanto pessoas que estão a milhares de quilômetros do local, apenas porque “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

---

<sup>37</sup> Do mesmo modo, no presente trabalho, a expressão “comunidade” será utilizada apenas nesse sentido, evitando-se o seu uso como sinônimo de grupo ou de coletividade, como comumente se verifica na literatura jurídica.

---

A diferença em relação à primeira categoria é marcante. O dano ambiental ocorrido no interior do território tradicional de uma comunidade indígena causa a essa comunidade efeitos tão mais pronunciados que em todo o restante da sociedade mundial que a única solução compatível com a realidade é atribuir a essa comunidade a titularidade do direito violado. Não é admissível imaginar que o dano ambiental provocado pela extração mineral ilícita em território indígena interesse aos índios na mesma medida em que interesse aos demais habitantes do Brasil ou do mundo. O vínculo cultural existente entre o índio e o território, que vai além de um simples vínculo de propriedade<sup>38</sup>, faz a relação do grupo indígena com o dano tão mais acentuada que torna insignificante, por comparação, sua relevância para os indivíduos que lhe são exteriores.

Um exemplo norte-americano ilustra essa situação. Por volta de 1868, uma grande quantidade de ouro foi descoberta em um local chamado Black Hills, que pertencia à terra dos índios Sioux. O governo norte-americano entrou em negociação com os índios para a cessão do local para mineração e, por uma série de circunstâncias, o acordo não chegou a ser celebrado e a mina foi tomada dos índios, em troca de uma compensação irrisória. Em 1980, a Suprema Corte reconheceu que os índios foram expulsos indevidamente e condenou os Estados Unidos a pagar-lhes US\$ 17 milhões, em valores de 1868, os quais, devidamente atualizados, perfaziam US\$ 106 milhões em 1980<sup>39</sup>.

Os Sioux eram, naquele momento, um dos grupos indígenas mais pobres do país, e, ainda assim, duas semanas depois da decisão, se recusaram a receber o dinheiro, afirmando que as Black Hills, por eles denominadas Paha Sapa, tinham um papel sagrado em sua cultura e aceitar dinheiro em troca delas representaria uma rejeição de suas tradições<sup>40</sup>. Até a data em que estas linhas eram escritas, o valor da indenização, que continuou acumulando juros ao longo do tempo, se aproximava de US\$ 1 bilhão e permanecia sendo rejeitado pelos índios<sup>41</sup>, mesmo em face da pobreza que ainda se abate sobre eles. Isso demonstra claramente

---

<sup>38</sup> Sobre essa questão, ver VITORELLI (2017 e 2018)..

<sup>39</sup> *United States v. Sioux Nation*, 448 U.S. 371 (1980).

<sup>40</sup> O ouro antes existente no local foi completamente extraído, de modo que não se deve imaginar que os índios rejeitem a soma descrita no texto na expectativa de que das terras possa resultar lucro superior. Para um relato completo dos fatos, ver LAZARUS, E. (1999).

<sup>41</sup> A questão ainda não foi resolvida, nem judicial, nem politicamente, chegando a render promessas de intervenção do próprio presidente dos Estados Unidos. Ver ANDERSON (2010).

---

como o vínculo de determinadas comunidades com alguns direitos transindividuais é significativamente mais forte que o do restante da sociedade que as envolve, justificando, por isso, que sua titularidade lhes seja atribuída.

A conflituosidade, nessa hipótese, é média. Por um lado, a comunidade envolvida é altamente coesa, o que lhe atribui a mesma perspectiva em relação ao litígio<sup>42</sup>, e um certo fator de homogeneidade em relação ao resultado do processo. Por outro lado, a visão estereotípica de que uma comunidade indígena, pelo simples fato de pertencer à mesma etnia, tem interesses e opiniões uniforme, é equivocada. Esses grupos também têm dissidências internas, das quais resultam maiorias e minorias. Pode ser que não haja unanimidade, entre seus integrantes, acerca de qual a tutela mais adequada para o direito violado.

No caso dos Sioux, em 2009, 19 índios propuseram uma *class action* contra os líderes tribais, buscando a determinação de que o dinheiro decorrente do litígio das Black Hills fosse recebido e distribuído<sup>43</sup>. Isso demonstra concretamente como a identidade de perspectiva social não implica, necessariamente, identidade de interesses, de modo que é possível, dependendo das circunstâncias do caso, que membros ou segmentos da comunidade sejam atingidos de modo diverso pelo litígio, bem como tenham opiniões e interesses divergentes acerca do resultado dele desejado. Como o interesse da comunidade nesse resultado é elevado, essas divergências internas tendem a se exacerbar, o que eleva a conflituosidade. Por outro lado, a comunidade retém sua força de agregação, de coerência interna, que limita a conflituosidade em comparação com situações em que essa identidade entre os titulares do direito não existe, conforme será analisado subsequentemente.

## 9. Litígios coletivos irradiados

A última categoria de direitos coletivos que se pretende formular é a que se relaciona aos megaconflitos. Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm

---

<sup>42</sup> A expressão perspectiva é aqui utilizada no sentido atribuído por Iris Marion Young. Sinteticamente, a perspectiva social deriva da posição de um indivíduo na sociedade, que influencia o seu modo de ver o mundo, embora, não necessariamente, seus interesses ou suas opiniões.

<sup>43</sup> A ação foi proposta no juízo federal de Sioux Falls, havendo referências em <<https://nativeamericanews.wordpress.com/2009/05/18/some-sioux-sue-to-receive-funding-for-black-hills/>>. Acesso em 15.01.15.

---

a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio. O dano é distribuído de maneira distinta, qualitativa e quantitativamente, entre os integrantes da sociedade.

Isso faz com que as visões das pessoas acerca da solução desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas (MAZZILLI, 2007, p. 49). Esses eventos dão ensejo a litígios mutáveis<sup>44</sup> e multipolares,<sup>45</sup> opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio.

Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores, que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas das que existiam originalmente.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> A mutabilidade desses conflitos é ressaltada por MANCUSO (2013, p. 110-114).

<sup>45</sup> A multipolaridade é utilizada aqui para referir à existência, pelo menos potencial, de um grande número de opiniões concorrentes quanto ao conflito. Cabe observar que há uma importante vertente do estudo dos conflitos que nega a existência de conflitos multipolares, afirmando que eles sempre redundarão em bipolaridade. Cf. ENTELMAN (2005) p. 86. O autor assevera que, embora existam conflitos com atores múltiplos, como a Segunda Guerra Mundial ou um conflito ambiental (ele exemplifica: um ator contaminante, um grupo de vizinhos desse ator, o grupo de empregados que trabalha na empresa poluidora, o município, que deve defender o meio ambiente, mas também quer arrecadar os impostos e que representa tanto os vizinhos quanto os trabalhadores), há que se insistir na bipolaridade do conflito. Em situações de conflitos com múltiplos atores, dentro de cada campo, seus integrantes estarão unidos contra o adversário por determinados objetivos. Os conflitos que possam existir entre eles são rápidos e previamente resolvidos ou postergados. É o que Entelman chama de magnetismo conflitual.

<sup>46</sup> Para um interessante estudo de caso sobre os impactos aqui delineados, ver LAMONTAGNE (2012); MANCUSO (2013) expõe vários outros exemplos, como a proteção de recursos florestais

---

O desastre de Mariana, decorrente do rompimento de uma barragem de rejeitos de mineração, exemplifica de modo bastante significativo o conceito. Há subgrupos de parentes das vítimas mortas, das pessoas que residiam no distrito de Bento Rodrigues e perderam tudo, dos proprietários rurais, que perderam suas terras, dos pescadores que dependiam do Rio Doce, dos habitantes de diversos municípios, que foram privados de água potável por vários dias, dos índios, que praticavam um ritual religioso dependente do rio e dos habitantes e usuários das praias que foram estragadas quando o rio desaguou no mar. Não há qualquer solidariedade entre essas pessoas, nem anterior ao litígio, nem em razão dele, já que o modo como a lesão se projeta sobre cada subgrupo é tão distinto que não gera interesses, perspectivas ou opiniões em comum sobre o melhor caminho a seguir para se buscar a tutela do direito lesado.

Essas são situações de alta conflituosidade e complexidade, nas quais há múltiplos resultados possíveis para o litígio e a sociedade titular dos direitos em questão, que é a sociedade impactada pela lesão, tem interesses marcadamente variados e, eventualmente, antagônicos quanto a seu resultado. Como se extrai dos exemplos expostos, as circunstâncias são diversas das duas categorias anteriores. O litígio não é global, porque é possível identificar pessoas que sofrerão danos em grau mais intenso que outras, que estão distantes dos seus efeitos. Também não é local, porque não existe identidade de perspectivas sociais entre os envolvidos. Nem mesmo a lei, conforme ressalta Mancuso, contém solução predefinida para esse tipo de conflito, o que lhe atribui fortes elementos sociopolítico-econômicos (MANCUSO, 2006, p. 205).

A sociedade titular dos direitos transindividuais cuja lesão alcance, de modo específico, indivíduos determinados, mas de formas e com efeitos variados, sem que essas pessoas compartilhem da mesma perspectiva social, é a sociedade formada pelas pessoas atingidas em razão de sua violação. Não é uma sociedade dada, estática, tal como uma comunidade, mas uma sociedade elástica, que não depende necessariamente de relações jurídicas, dimensões geográficas ou fronteiras nacionais, mas apenas da circunstância fática de terem todas sofrido a mesma lesão, ainda que em diferentes intensidades. Os integrantes dessa sociedade não titularizam o direito em idêntica medida, mas

---

que conflita com os interesses da indústria madeireira e de seus empregados, a interdição na construção de um aeroporto internacional, que atende aos interesses dos habitantes do local, mas conflita com os interesses turísticos etc. As circunstâncias litigiosas mencionadas no texto são empiricamente verificáveis na generalidade dos empreendimentos hidrelétricos, inclusive nos dois casos já mencionados, das Usinas Hidrelétricas de Aimorés, em Minas Gerais, e de Belo Monte, no Pará. Sobre esta, ver [<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2013/belomonte/>]. Acesso em: 19.05.2014.

---

em proporção à gravidade da lesão que experimentam. Graficamente, a lesão é como uma pedra atirada em um lago, causando ondas de intensidade decrescente, que se irradiam a partir de um centro. Quanto mais afetado alguém é por aquela violação, mais próximo está desse ponto central e, por essa razão, integra, com maior intensidade, essa sociedade elástica das pessoas atingidas pelo prejuízo, titulares do direito violado.<sup>47</sup>

As pessoas que sofrem os efeitos da lesão ao direito em menor intensidade se posicionam em pontos mais afastados desse centro, mas, nem por isso, deixam de integrar a sociedade. Fora dela estarão as pessoas que, mesmo tendo algum interesse abstrato ou ideológico na questão litigiosa, não são por ela afetadas. Suas vidas seguirão da mesma maneira, independentemente da ocorrência da violação ou da forma como ela for tutelada. Com essa proposição, não interessa de quem é “o” meio ambiente, ou “o” mercado consumidor, mas sim a quem atinge, e em que grau, a lesão àquele meio ambiente ou àquela relação de consumo, especificamente considerados a partir de seus efeitos concretos.

Esse círculo hipotético não termina em uma linha precisa, tal como as ondas causadas em um lago não acabam em um ponto perfeitamente determinado, mas em um *ralentando* de situações jurídicas. As pessoas da periferia do círculo são afetadas de modo progressivamente menor, até que não se possa mais definir uma lesão pessoalmente atribuível a alguém, o que marca o limite externo da sociedade. Ao contrário do que às vezes se costuma afirmar, de maneira um pouco romântica, uma lesão transindividual é irrelevante para a vida da maior parte dos habitantes do planeta, por mais grave que seja para as pessoas que com ela convivem. Isso não significa que alguém distante não possa sentir empatia pelo sofrimento alheio, ou se mobilizar para a proteção do meio ambiente, mas tais atitudes não o colocam na mesma posição das pessoas que

---

<sup>47</sup> A imagem mental proposta também pode ser representada pela explosão de uma bomba, sempre lembrando a advertência de Ovídio Baptista da Silva, quanto ao caráter desaconselhável das “tentativas de representações gráficas de fenômenos jurídicos” (SILVA, 2006, p. 90). Ada Pellegrini Grinover se vale de uma imagem similar, embora não atribua a ela as consequências tratadas no texto: “Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios” (GRINOVER, 2000, p. 9 e ss).

---

efetivamente experimentam os efeitos da conduta. Assim, mesmo que exista algum grau de indeterminação nas fronteiras da sociedade que titulariza os direitos litigiosos nessa terceira categoria, é possível definir as posições de diferentes indivíduos nela, de acordo com a intensidade da lesão experimentada. Essa definição pode ser utilizada tanto em termos estáticos, considerando as pessoas que sofrem mais como ocupantes de uma posição central, as que sofrem menos, de uma posição periférica, e as que não são afetadas, de uma posição exterior, quanto com o auxílio de uma análise relacional, comparando-se os efeitos sofridos por duas pessoas, para identificar se a primeira ocupa posição mais ou menos central nessa sociedade, em relação à segunda.

Em conclusão, a terceira categoria, atinente aos litígios coletivos que atingem pessoas determinadas, mas o fazem de formas e intensidades distintas e variadas, sem que entre elas exista qualquer tipo de perspectiva uniforme em relação ao conflito, dá lugar a outro conceito de direitos litigiosos, que são aqueles pertencentes a uma sociedade elástica, composta pelas pessoas que efetivamente experimentaram os efeitos concretos da violação, as quais o titularizam na proporção em que foram atingidas. Esses direitos serão aqui denominados direitos coletivos de difusão irradiada, direitos coletivos irradiados, ou ainda, da perspectiva do litígio, litígios irradiados. Nessa terceira categoria, rompe-se com a indivisibilidade dos direitos transindividuais, quando analisados sob a perspectiva do litígio. É possível e desejável que o direito transindividual violado pertença em maior medida a uma pessoa que sofreu lesão mais grave, menos a outra, que sofreu lesão menos grave, e não pertença a quem não foi lesado de forma alguma. A ruptura da indivisibilidade permite que se enxerguem as diferenças entre os indivíduos atingidos pela violação do direito transindividual que deu origem à sociedade, atribuindo-se maior relevância às posições dos que sofrem mais.

A conflituosidade, nos direitos transindividuais irradiados, é alta. A ausência de identidade de perspectivas entre os membros da sociedade, combinada com o fato de que os impactos da conduta são distribuídos entre eles desigualmente, sendo que uma parcela desses indivíduos pode ter sofrido efeitos de grande relevância, com potencial para provocar significativas alterações em suas vidas, e ainda a gama de possibilidades de tutela do direito violado, decorrente da complexidade do conflito, que impede a análise dual lícito-ilícito, fazem com que haja múltiplas polaridades na controvérsia e variados interesses em jogo. Alguns membros da sociedade se interessam pela cessação total da conduta e restituição das coisas ao *status quo ante*, avaliando que os custos do impacto não justificam os benefícios. Outros podem ter sua situação mais bem

---

tutelada se receberem compensação *in natura* pelos prejuízos, sem que seja inviabilizada a atuação do réu. Outros, ainda, podem avaliar que a compensação pecuniária é a melhor alternativa. Nenhuma dessas pretensões é, a princípio, ilícita, mas algumas delas podem ser, no contexto fático, autoexcludentes. Por essa razão, há um conflito entre a sociedade e o causador do dano, mas também há uma série de conflitos internos, mais ou menos graves, entre seus próprios integrantes, sem que se possa definir, *ex ante*, que alguma dessas variadas pretensões seja superior às demais.

## 8. Conclusão

Não é possível, nos limites deste artigo, expor todas as consequências que derivam da adoção dos conceitos propostos acima (VITORELLI, 2019). O que se pode deixar, a título de conclusão, é que o conceito legal de direitos transindividuais, presente no Código de Defesa do Consumidor, assim como o conceito atualmente esposado, de modo geral, pelos estudos jurídicos acerca da matéria, é insuficiente para refletir com precisão todos os litígios relacionados a esses direitos.

Essa insuficiência decorre do fato de se ignorar que os litígios coletivos têm graus variados de complexidade e de conflituosidade, que impedem que todos eles sejam tratados da mesma forma, sob pena de se dedicar recursos desnecessários a casos simples e se simplificar indevidamente casos complexos, ou de se suprimir indevidamente divergências sociais legítimas. Além disso, a dissociação entre a ideia de grupo e de indivíduo faz com que tais direitos sejam “de todos, mas ao mesmo tempo, de ninguém”, o que retira do processo o referencial humano em relação ao qual ele deveria se orientar. Adicionalmente, não saber quem são “todos” suprime indevidamente as posições sociais que divergem da esposada pelo legitimado coletivo, autor da ação e contribui para calar a crítica pública, por parte das pessoas cujas vidas são efetivamente transformadas pelo litígio e por seu resultado.

A solução proposta é a conceituação dos direitos transindividuais em três categorias, definindo sua titularidade sob o prisma do litígio transindividual, com o objetivo de proporcionar parâmetros para sua tutela jurídica. Assim, temos:

- 1) Litígios globais: existem no contexto de violações que não atinjam, de modo particular, a qualquer indivíduo. Os direitos subjacentes a tais litígios pertencentes à sociedade humana, representada pelo Estado nacional titular do território em que ocorreu a lesão;

- 
- 2) Litígios locais: têm lugar no contexto de violações que atinjam, de modo específico, a pessoas que integram uma sociedade altamente coesa, unida por laços identitários de solidariedade social, emocional e territorial. Os direitos subjacentes a essa categoria de litígios pertencem aos indivíduos integrantes dessa sociedade, uma vez que os efeitos da lesão sobre ela são tão mais graves que sobre as pessoas que lhe são externas, que tornam o vínculo destas com a lesão irrelevante para fins de tutela jurídica.
  - 3) Litígios transindividuais irradiados: são litígios que envolvem a lesão a direitos que interessam, de modo desigual e variável, a distintos segmentos sociais, em alto grau de conflituosidade. O direito material subjacente deve ser considerado titularizado pela sociedade elástica composta pelas pessoas que são atingidas pela lesão. A titularidade do direito material subjacente é atribuída em graus variados aos indivíduos que compõem a sociedade, de modo diretamente proporcional à gravidade da lesão experimentada.

A tipologia apresentada, ao se basear nas características concretas do litígio, não na tentativa de classificação abstrata dos direitos, tem potencial para embasar a revisão dos demais institutos do processo coletivo, de modo especial, os limites da atividade representativa do legitimado e sua relação com os interesses, as vontades e as perspectivas dos ausentes, titulares dos direitos materiais, que serão obrigados a conviver com a decisão. É preciso buscar um conceito de devido processo legal coletivo que tenha como foco a obtenção de tutelas adequadas não da perspectiva da análise abstrata do caso, mas das pessoas que estão concretamente envolvidas no litígio e sofrerão, por vezes, de modo drástico, os efeitos da decisão em suas vidas. Acredita-se que as premissas teóricas apresentadas têm potencial para chegar a esse resultado.

## Referências

ANDERSON, Robert T. et. al. American Indian Law: cases and commentary. 2<sup>nd</sup> ed. St. Paul: West, 2010.

ANTUNES, Marco António. Público, Subjectividade e intersubjectividade em Gabriel Tarde. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-gabriel-tarde.html>>.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela dos chamados “interesses difusos”, in BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: primeira série. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 110 a 123.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil*: terceira série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

(P. 173-181: *A proteção jurídica dos interesses coletivos*)

(P. 183-192, *A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro*)

(P. 193-221: *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*)

BAUMAN, Zygmunt. Between us, the generations. In: LAROSSA, Jorge (org.). *On generations: on the coexistence between generations*. Barcelona: Fundació Viure i Conviure, 2007, pp. 365-376.

BOUDON, Raymond (coord.). *Tratado de Sociologia*. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

CAMPOS, Santiago Pereira. Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América. In: *I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions*. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 203-245.

---

CAPONI, Remo. Tutela coletiva: interesses proteti e modelli processuale. IN BELLELLI, Alessandra (org.). *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria coletiva*. Padova: CEDAM, 2009, p. 129-142.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 30, 1975, p. 361-402.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. 1. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan. *On society*. Cambridge: Polity Press, 2012.

ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005.

GIDDENS, Anthony. *A contemporary critique of historical materialism: the Nation-State and violence*. University of California Press, 1985.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos Interesses difusos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed, vol II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

---

HART, H. L. A. O Conceito de Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KRIESBERG, Louis. Constructive conflicts. In YOUNG, Neil J. (org.). The Oxford international encyclopedia of peace. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRISTEVA, Julia. *Crisis of the European Subject*. New York: Other Press, 2000.

LAZARUS, Edward. *Black Hills/White Justice: The Sioux Nation versus the United States, 1775 to the Present*. Omaha: University of Nebraska Press, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3. ed. Notre Dame: University, of Notre Dame Press, 2007.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Transposição das águas do rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia. In *Revista de Direito Ambiental*, vol. 10, n. 37, p. 28-79.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In Estudos sobre o Amanhã: ano 2000. Caderno 2. São Paulo, 1978.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini, coord. A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses. São Paulo: Max Limonad, 1984.

---

PAE KIM, Richard. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos. In PAE KIM, Richard; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade. São Paulo: editora Verbatim, 2012, p. 11 a 24.

PRADE, Péricles. *Ação Popular*. São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Ronaldo Lima. *Teoria das Normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: Editora LTR, 2009.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de direito do trabalho*. Tradução de Mozart Russomano e Carlos Alberto Chiarelli. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973.

TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of rights. In I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal: procesos colectivos class actions. Buenos Aires: International Association of Procedural Law y Instituto Iberoamericano de derecho procesal, 2012, p. 23-30.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto do Índio*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto da Igualdade Racial e comunidades quilombolas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2019.

YOSHIDA, Consuelo Y. M. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

---

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WERNECK, Cláudia. *Sociedade Inclusiva: Quem Cabe no seu Todos?* Rio de Janeiro: WVA Editora, 1999.

# Decido, luego razono...

*Ensayo sobre la arbitrariedad que se esconde detrás del caso CEPIS*

**Augusto Martinelli<sup>48</sup>**

**RESUMEN:** El trabajo se enfoca en un costado poco explorado del caso “CEPIS”, en el que la Corte Suprema de Justicia Argentina anuló el aumento en las tarifas del servicio público de gas natural (2016). En particular, busca demostrar que la Corte Suprema optó por una solución política del conflicto, no jurídica. Y para ello, modificó aspectos procesales y sustanciales del caso. Para ello, el trabajo identificará dos cambios arbitrariamente impuestos que modificaron por completo el fondo de la cuestión a resolver. También identificará una “pista falsa en el camino” colocada por la Corte para distraer a los distintos auditorios y lograr que su sentencia fuera recibida como una muestra de independencia judicial, cuando fue lo contrario. La conclusión resaltará la necesidad de que la sociedad cuente con mejores herramientas para poder advertir cuándo el ejercicio discrecional de la judicatura se convierte en arbitrario, alejado de todo Estado de Derecho Constitucional.

**PALABRAS CLAVE:** litigio de interes público; acciones colectivas; discrecionalidad; arbitrariedad.

**ABSTRACT:** This essay focuses on an unexplored aspect of the “CEPIS” case, in which the Supreme Court of Argentina nullified two administrative resolutions that ordered a substantial rate increase of the natural gas public service (2016). Particularly, it aims to demonstrate that the Supreme Court delivered a political solution for the conflict, not a legal one. To do so, the Court modified procedural and substantial aspects of the case. To demonstrate this, the essay will identify two changes imposed by the Court that totally modified the merits of the case. It will also identify a “false print in the way”, used to distract the Court’s auditoriums and make this ruling to be well-received by the public opinion. The final conclusion will assert how important is for the civil society to have efficient institutional tools to know when the discretionary power of the judicature becomes arbitrary, against the Constitutional State.

**KEY WORDS:** public interest litigation; class actions; judicial discretion; arbitrariness.

---

<sup>48</sup> Abogado patrocinante del Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) en todas las instancias judiciales. Auxiliar ad-honorem en Derecho Procesal Civil II, Cat. III Com. 7 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Correo electrónico: [augustomartinelli@gmail.com](mailto:augustomartinelli@gmail.com); [unlp.academia.edu/AugustoMartinelli](mailto:unlp.academia.edu/AugustoMartinelli).

El autor procuró evitar el uso de lenguaje sexista. No obstante, para facilitar la lectura no se incluirán recursos como la @. Es importante tener en cuenta esta aclaración para aquellos supuestos en los que no se haya podido evitar el uso del genérico masculino.

---

## 1. Introducción

En abril de 1836, la *Southern Literary Messenger* publicó un ensayo de Edgar Allan Poe en el que analizaba una de las atracciones más populares del siglo XVII: el autómatas jugador de ajedrez (Poe, 1836). Conocido como “el Turco”, esta máquina imitaba la figura de un ajedrecista que desafiaba a todo aquel que se le animara. Su creador, el barón Kempelen, escritor e inventor húngaro, se hizo mundialmente conocido con el autómatas, que se convirtió en una de las atracciones más convocantes de Europa y Estados Unidos.

Pero no fueron todas buenas noticias para el Turco y su dueño. La creciente popularidad de su espectáculo generó múltiples teorías sobre su naturaleza. Las miradas más crédulas asumían que se encontraban ante una máquina con inteligencia artificial capaz de derrotar a la mente humana. En cambio, las escépticas, afirmaban que el Turco no era una máquina, sino una persona con dotes de ajedrecista escondida en la estructura del autómatas. Siguiendo esta línea, algunos postularon que el dueño del autómatas escondía un imán con el que articulaba los movimientos del Turco. Otros coincidieron con el rol protagónico del exhibidor, pero creyeron que el fraude era más complejo porque contaba con un mecanismo oculto que permitía digitar los movimientos del autómatas.

Pero a Poe estas teorías no le cerraban. Si bien descreía por completo de la inteligencia artificial del Turco, las hipótesis planteadas no llegaban a convencerlo sobre el fraude detrás del asunto. Por ello, consiguió un asiento en una de las exhibiciones y se aprestó a realizar su propio análisis sobre el fenómeno del autómatas jugador de ajedrez.

Finalmente, Poe elaboró una teoría estructurada sobre la base de unos cuantos indicios que, agrupados, le permitieron arribar a persuasivas conclusiones sobre la verdad del asunto. Y si bien no descubrió la realidad objetiva de la situación, su análisis le permitió estructurar una teoría plausible sobre el truco del autómatas.

Un ejercicio similar pretendo hacer en este trabajo, en el que analizaré el caso “CEPIS” (fallos 339:1077), resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina el 18/08/2016, que anuló uno de los primeros aumentos de tarifas del actual gobierno y su tramitación acaparó la atención de la opinión pública durante semanas. Para ello, identificaré una serie de indicios que surgen de la sentencia del máximo tribunal que me permitirán afirmar que, a diferencia de lo percibido por la opinión pública y sociedad en general, la Corte ejerció su

---

poder de una forma arbitraria, contra de los derechos de los usuarios de un servicio público y en favor del Poder Ejecutivo Nacional.

Para ello, el trabajo será estructurado de la siguiente forma:

Como punto de partida, describiré cómo tramitó el caso en todas las instancias por las que transitó. En particular, identificaré cómo quedo trabada la litis debido a las posturas controvertidas por las partes (apartado 2). Luego, me enfocaré en dos cambios estructurales que la Corte realizó para poder dictar una sentencia que se ajustara a sus intereses políticos. Por un lado, identificaré cuáles eran los derechos en pugna para demostrar que la Corte partió de la premisa de que las actoras reclamaban en defensa del derecho a la propiedad de los usuarios, cuando en verdad buscaban defender su derecho a la información y a la participación ciudadana (apartado 3.1).

Por el otro, sostendré que al asumir que las reclamantes litigaban en defensa del derecho a la propiedad, la Corte administró el caso como si las pretensiones articuladas buscaran órdenes de dar (devolver el dinero) cuando en realidad las actoras pretendían una sentencia declarativa de nulidad que incluyera órdenes de hacer (se declare nulo el aumento y se garanticen etapas previas de participación e información) (apartado 3.2).

Identificados estos dos cambios, llegaré a una primera conclusión: la Corte abordó el caso CEPIS como si estuviera frente a una típica acción de clase por daños masivos del modelo de class actions norteamericano, cuando en verdad el caso fue planteado (y resuelto en instancias anteriores) como una acción de clase compulsiva. Procesos judiciales tan similares y distintos como un Amparo y un *Habeas Corpus* (apartado 3.3).

Cumplido ello, sostendré que con estos arbitrarios cambios la Corte allanó su camino para afirmar que la acción colectiva “por daños masivos” planteada cumplía parcialmente los requisitos de admisibilidad enunciados en “Halabi” (fallos 332:111), confirmados en “Padec” (fallos 336:1236) y sistematizados en las Acordadas 32/2014 y 12/2016. Esta perspectiva, diametralmente distinta a la original, le permitió confirmar la nulidad del aumento solo en beneficio de los usuarios residenciales, excluyendo a las restantes categorías que también fueron defendidas en instancias anteriores, como clubes de barrio, bibliotecas públicas, centros culturales, sociedades de fomento, PYMES, etc. (apartado 3.4). Como último eje de análisis me enfocaré en una pista falsa colocada por la Corte Suprema para distraer a sus auditorios y así lograr que estos cambios, débilmente justificados, pasaran inadvertidos (apartado 3.5).

---

Concluiré que las modificaciones implementadas por la Corte no fueron el producto de una simple distracción, sino de una decisión deliberada para dictar una sentencia que se amoldara a sus decisiones políticas (apartado 5). Para finalizar, no pondré en discusión las facultades discrecionales que debe tener todo/a juez/a de la actualidad, más aún si integra la Corte más importante de un país. Sí, en cambio, me detendré en la importancia de contar con herramientas institucionales que nos permitan identificar, con mayor facilidad, cuándo el ejercicio discrecional de la magistratura se convierte en un ejercicio arbitrario, contrario al Estado de Derecho Constitucional.

## 2. Los hechos

Durante los primeros meses de gestión de la alianza Cambiemos surgió un conflicto de interés público que acaparó la atención de la población en general y de la opinión pública en particular. La controversia por el aumento de las tarifas del servicio público del gas natural se convirtió en la primera “batalla judicial” del nuevo gobierno de turno.

El 28 y 29 de marzo de 2016 el Ministerio de Energía y Minería de la Nación publicó las resoluciones administrativas 28 y 31, a través de las cuales habilitó un sustantivo incremento en las tarifas del servicio público de gas natural en todo el territorio argentino. Lejos de pasar inadvertido, el “tarifazo” generó tal malestar social que ocupó el centro de la escena durante meses.

Muy pocos días después, el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (en adelante CEPIS), una asociación civil que trabaja para la defensa de grupos en situación de vulnerabilidad interpuso un amparo colectivo en defensa de todos los usuarios del servicio público de gas natural<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Autos caratulados “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo Colectivo”, Expte. 8399/2016, sentencia de primera instancia: [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/05/2016-05-31-1fed-4-lp\\_cepis-c-min-de-energ3ada-senencia-definitiva-audiencias-pc3bablica-idoneidad-vc3ada-cuestiones-polc3adticas.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/05/2016-05-31-1fed-4-lp_cepis-c-min-de-energ3ada-senencia-definitiva-audiencias-pc3bablica-idoneidad-vc3ada-cuestiones-polc3adticas.pdf).

Sentencia de Cámara: [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/08/2016-08-04-cfed-lp-sala-ii\\_cepis-c-min-de-energ3ada-providencia-concede-ref-efecto-devolutivo.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/08/2016-08-04-cfed-lp-sala-ii_cepis-c-min-de-energ3ada-providencia-concede-ref-efecto-devolutivo.pdf).

Sentencia de Corte Suprema: [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/08/2016-08-18-csjn\\_cepis-c-ena-sentencia-fondo-audiencia-pc3bablica-obligatoria-para-usuarios-residenciales.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/08/2016-08-18-csjn_cepis-c-ena-sentencia-fondo-audiencia-pc3bablica-obligatoria-para-usuarios-residenciales.pdf)

---

La acción quedó radicada en el Juzgado N° 4, Secretaria N° 10 del fuero Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal del Depto. Judicial de La Plata<sup>50</sup>.

En lo que respecta a las pretensiones articuladas, CEPIS solicitó una medida cautelar que suspendiera temporalmente la vigencia de la Resolución 28/16 hasta que recayera sentencia sobre el fondo de la cuestión. Y como pretensión de fondo, reclamó que la resolución fuera declarada nula porque el procedimiento administrativo previo no había cumplido con un requisito esencial: la convocatoria a audiencias públicas.

CEPIS estructuró sus pretensiones en base a la Constitución Nacional, leyes, decretos, jurisprudencia y doctrina aplicables al tema. Particularmente apuntó que en el caso aplicaba el marco regulatorio del gas natural, cuyo decreto reglamentario establecía que toda sanción de normas generales debía estar precedida por la publicidad del proyecto en cuestión y por la concesión de un plazo razonable para que cualquier interesado presentara observaciones por escrito. En particular, el decreto expresamente avalaba la convocatoria a audiencias públicas en caso de que el tema a regular tuviera suficiente entidad como para generar repercusiones públicas, como sucedió con estos aumentos (conf. ap. XI acap. 10 DR 1738/92 Ley 24.076). Pocos días después, la Asociación Civil Consumidores Argentinos planteó otro reclamo colectivo de similares características, pero con un agregado: también solicitó la nulidad de la Resolución 31/16 del MINEM. Frente a ello, el juzgado interviniente ordenó acumular esta segunda demanda a la primera iniciada por el CEPIS.

Una vez que la instancia fue declarada admisible, el juzgado rechazó la medida cautelar solicitada y corrió traslado de demanda, requiriéndole al PEN que acompañara el informe que exige el artículo 8 del Decreto/Ley 16.986.

Más allá de todo lo que podría decirse sobre el caso en primera instancia, a los fines del presente solo describiré cómo quedó trabada la litis en relación con los escritos de demanda y contestación. Las actoras alegaron que el aumento de tarifas había lesionado el derecho a la información y a la participación de todos los usuarios del servicio público porque ninguna categoría de usuarios había sido convocada a audiencias públicas previas. Y a contramano de dicha postura, el Poder Ejecutivo Nacional sostuvo que no se encontraba obligado a convocar a

---

<sup>50</sup> Escrito de demanda de CEPIS: [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/04/2016-04-07-jf-nc2ba-4-lp\\_cepis-c-m-energ3ada-nac3b3n-s-amparo-escrito-demanda-tarifa-gas-participac3b3n-ciudadana-previa.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/04/2016-04-07-jf-nc2ba-4-lp_cepis-c-m-energ3ada-nac3b3n-s-amparo-escrito-demanda-tarifa-gas-participac3b3n-ciudadana-previa.pdf).

---

audiencias públicas previas. En lo que aquí importa, afirmó que aún cuando estuviera obligado a hacerlo, el caso no podía tramitar colectivamente porque los daños patrimoniales sufridos eran heterogéneos porque dependían del poder adquisitivo de cada afectado y de su nivel de consumo<sup>51</sup>.

Al valerse de este argumento, el PEN pretendió discutir la admisibilidad del caso como colectivo conforme los criterios establecidos por la CSJN en “Halabi” y “Padec” y Acordadas 16/14 y 32/16; un criterio que ha sido fuertemente discutido al establecer, como regla, que los daños patrimoniales masivos solo podrán litigarse colectivamente cuando el daño sufrido por cada afectado no generara incentivos para reclamar individualmente (lo veremos en el apartado 3.5).

Como las actoras buscaban defender el derecho a la información y a la participación y la demandada se defendía haciendo referencia a la lesión de derechos patrimoniales, el juez de grado aclaró que el PEN había planteado una defensa desviada del conflicto porque asumió que el caso giraba en torno a una discusión estrictamente patrimonial cuando, en verdad, la controversia apuntaba a la nulidad de un reglamento administrativo por incumplimiento de requisitos esenciales (ap. XVIII).

En su sentencia, el juzgado interviniente adoptó una posición contradictoria. Por un lado, consideró que la acción era inadmisibles porque el fondo de la cuestión a resolver requería desenvolverse en un ámbito procesal de mayor amplitud probatoria que la que ofrecía el amparo. Sin embargo, al mismo tiempo entró a resolver sobre el fondo del conflicto y ordenó al Poder Ejecutivo convocar a audiencias públicas bajo apercibimiento de suspender la vigencia de las resoluciones administrativas que ordenaron el aumento.

Si bien la sentencia de grado fue apelada por todas las partes por distintas razones, nadie se agravió por el encuadre de la litis que realizó el magistrado (Verbic, 2016, p. 2; Verbic; Salgado, 2016, p. 2). Por lo tanto, el caso quedó registrado ante el Registro Público de Procesos Colectivos como una acción colectiva que (i) procuró proteger los derechos a la información y a la participación de todos los usuarios del servicio público de gas natural del país (derechos extra-patrimoniales); (ii) cuyas pretensiones procesales apuntaron a la

---

<sup>51</sup> Es común que este tipo de defensas sea utilizada por las demandas para evitar defenderse en el marco de un proceso colectivo. Siempre van a preferir la estrategia del “goteo”, que busca que cada afectado inicie su propio reclamo. Al respecto: Redish & Berlow, 2007, pp. 783; Issacharoff, 2012, pp. 13; Verbic, 2013.

---

validez de un reglamento administrativo que padecía vicios esenciales (falta de audiencia pública); y por ello, (iii) la acción tramitaría como un caso colectivo de tipo compulsivo (especie que se habilita cuando solo puede haber una solución al conflicto, lo veremos más adelante).

Este marco de debate fue respetado en segunda instancia ante la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de La Plata. En su voto, el Camarista César Álvarez sostuvo que el aumento de tarifas no había garantizado el derecho a la participación de los usuarios del servicio público, por lo que correspondía declarar la nulidad absoluta de las Resol. 28 y 31 MINEM<sup>52</sup>. En idéntico sentido expresaron los otros dos Camaristas.

Sin embargo, los derechos en pugna y las pretensiones articuladas en el caso sufrieron cambios totales a partir de que la Corte Suprema asumió competencia para resolver el Recurso Extraordinario Federal interpuesto por el PEN. Como intentaré demostrar en adelante, la Corte modificó la estructura y contenido del caso a resolver para llevar el conflicto hacia un terreno en el que pudiera resolver sin tener que declarar la nulidad en favor de todo el universo de usuarios del servicio público, sino solo en favor de un porcentaje de afectados cuyos consumos no superaban el 30% del total (Arballo, 2016; Verbic, 2016, p. 3).

### **3. La discrecionalidad se convierte en arbitrariedad**

En su “teoría argumentativa”, los psicólogos cognitistas Hugo Mercier y Dan Sperber reflexionan sobre el hecho de que una misma persona pueda tener excelentes razonamientos ante determinadas situaciones, mientras que en otros escenarios suceda todo lo contrario. Los autores consideran que este fenómeno se debe a una sencilla razón: la persona utiliza el razonamiento para encontrar soportes a una postura asumida previamente, que puede o no haber partido de premisas razonables (O'Neill, 2012, p. 838). Desde esta mirada, el razonamiento es una herramienta retórica que no pretende llegar a la verdad objetiva sobre

---

<sup>52</sup> Sostuvo “...En ese sentido, estimo que corresponde ordenar al Estado Nacional –Ministerio de Energía y Minería- que convoque a una Audiencia Pública en el marco del trámite que precedió a las Resoluciones 28/2016 y 31/2016, a fin de garantizar los derechos de usuarios del servicio público de gas natural y, de esta forma, posibilitar la participación ciudadana consagrada constitucionalmente. En consecuencia, las citadas resoluciones devienen nulas por no haber sido precedido su dictado de las audiencias públicas cuyo cumplimiento resulta exigible, lo que así corresponde declarar...”, ver Supra 3.

---

determinada situación, sino encontrar buenos motivos para persuadir sobre el punto de vista asumido (Perelman-Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 25). Los fundamentos de esta teoría son los pilares en los que se asentó el Realismo Jurídico Estadounidense durante la década de 1920, con reconocidos exponentes entre los que se destaca Jerome Frank ( O'Neill, 2012, p. 838; Leitter, 2015, p. 242).

Esta corriente se preguntó cómo era posible que un juez llegara a X resultado, si las razones jurídicas no conducían en esa dirección. Y concluyó que los motivos sobre cómo se resuelve un conflicto están por fuera del derecho y responden a estímulos subyacentes, sean jurídicamente relevantes o no (Leitter, 2015, p. 246).

Siguiendo esta cosmovisión sobre la forma en que los/as magistrados resuelven los conflictos que a diario se les plantean, veamos ahora con más detalle cómo se produjeron estos cambios estructurales a los que hago referencia y que me permitirán concluir que la Corte administró el caso CEPIS desde una lógica y estructura procesal distinta a la utilizada en instancias anteriores.

### **3.1. La tipicidad de los derechos en pugna**

Explica Irwin Copi que el significado de las palabras o frases puede cambiar a consecuencia de la falta de atención del auditorio, o porque el emisor del mensaje manipule su significado de forma deliberada durante el curso de un argumento (Copi-Cohen, 2013, p. 187).

En CEPIS la Corte optó por cambiar quirúrgicamente ciertos conceptos que le eran fundamentales para que el escenario estuviera acorde a sus decisiones políticas. Antes de adentrarse en el fondo de la controversia, adelantó que realizaría cambios estructurales gracias a las facultades que desprenderían del artículo 16 de la ley 48. Valiéndose de esta polémica interpretación, la Corte aclaró que las buenas noticias de su sentencia no beneficiarían a todo el universo de usuarios representados en instancias anteriores, sino solo a los residenciales, que consumen menos del 30% del servicio público de gas natural (Verbic, 2018, p. 1). Según la Corte, el resto debería defenderse individualmente porque los daños sufridos tenían suficiente entidad como para incentivar un reclamo particular en sede judicial (este criterio será abordado en líneas siguientes).

---

Para fundamentar esta decisión, la Corte asumió que CEPIS no había iniciado un proceso colectivo para defender el derecho a la información y a la participación de los usuarios, sino su derecho a la propiedad. Para así decidir, el máximo tribunal sostuvo “...respecto del resto de los usuarios no residenciales no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas...” (voto de Ricardo Lorenzetti y Elena Highton, consid. 13).

La palabra “entidad” juega un rol fundamental para el análisis que propongo. Al asumir que existían distintas entidades de daños, la Corte abordó el caso desde una perspectiva patrimonial, tal como lo hizo el PEN en su defensa (ver apartado 2). En cambio, si la Corte hubiera gestionado el caso desde una perspectiva extra-patrimonial, le hubiera sido imposible afirmar que existieron daños de distintas magnitudes porque todos los usuarios sufrieron el mismo perjuicio: no se les garantizó una audiencia pública para ejercitar su derecho a la información y a la participación<sup>53</sup>.

El punto es que, al permitirse este cambio sustancial sobre la tipicidad del derecho en pugna, la Corte torció el escenario planteado y se asumió que las actoras habían interpuesto pretensiones enfocadas a la devolución del dinero indebidamente percibido por las prestatarias del servicio público, cuando este pedido nunca fue realizado por las reclamantes. Lo veremos a continuación.

### **3.2. La importancia del tipo de pretensión articulada**

Según los escritos de demanda, las accionantes interpusieron pretensiones declarativas de nulidad que incluyeran órdenes de abstención. En lo cautelar, solicitaron se ordenase la suspensión del nuevo cuadro tarifario hasta que se resolviera la cuestión de fondo<sup>54</sup>. Y en lo sustancial, pretendieron que se garantizara el derecho a la información y a la participación de los usuarios y que se declarara la nulidad de las resoluciones impugnadas por no haber cumplido

---

<sup>53</sup> Sobre este punto, Roberto Gargarella, acuerda sobre la falacia en la que incurrió la Corte al asumir que las acciones buscaban defender el derecho a la propiedad. Roberto Gargarella, Blog “Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política”, <http://seminariogargarella.blogspot.com/2016/08/sobre-el-fallo-cepis-2.html>

<sup>54</sup> Apartado XI del escrito de demanda del CEPIS y apartado VII escrito de demanda de Consumidores Argentinos.

---

requisitos esenciales para su dictado<sup>55</sup>. Como se ve, reclamos ajenos a toda cuestión de índole patrimonial.

Y si bien la Corte enunció formalmente que las actoras reclamaban por el derecho de los usuarios a la información y a la participación, en realidad, no abordó el conflicto como si las accionantes hubieran solicitado órdenes de hacer o no hacer que se encaminaran a garantizar estos dos derechos, sino como si se hubieran articulado pretensiones de dar, para que se restituyera el dinero percibido con los aumentos. Varios son los indicios que permiten llegar a esta conclusión.

En primer lugar, si la Corte partió de la premisa de que las actoras litigaban en defensa del derecho a la propiedad de los usuarios, tiene que haber asumido que las reclamantes pretendían la reparación del daño patrimonial causado. Sobre este punto, Francisco Verbic explica que en materia colectiva generalmente las pretensiones de condena que involucran obligaciones de dar se encaminan a obtener indemnizaciones por daños y perjuicios, como así también a obtener la restitución del dinero indebidamente percibido por la demandada (Verbic, 2007, p. 306).

En segundo lugar, para justificar esta postura sobre la “entidad de los daños sufridos” la Corte Suprema citó como precedente lo resuelto en el caso “Sociedad Rural Río V c/ AFIP”<sup>56</sup>, un conflicto exclusivamente basado en cuestiones de neto contenido patrimonial: la forma de calcular tributos. En este caso, la actora interpuso una acción declarativa de certeza para que se determinara si las personas físicas podían ajustar sus declaraciones juradas teniendo en cuenta la inflación que se vivía en el 2002. Según su criterio, de no aplicarse X fórmula, los contribuyentes deberían hacer frente a impuestos confiscatorios, mientras que la AFIP sostenía que monto del tributo no era confiscatorio (Verbic, 2016, p. 2; Verbic-Salgado, 2016).

Cuando el caso llegó a la Corte, la postura actoral fue rechazada por distintas razones. En lo que aquí importa, el máximo tribunal consideró que el caso no podía ser resuelto colectivamente porque, más allá de que existiera una lesión a los derechos subjetivos de cada contribuyente, el monto de sus reclamos era heterogéneo y con suficiente entidad como para que cada afectado

---

<sup>55</sup> Apartado I, escrito de demanda Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y apartado II del escrito de demanda de Consumidores Argentinos.

<sup>56</sup> Expte. FMZ 82203891/2012/1/RHI, “Sociedad Rural Río Vc/ AFIP s/ ordinario”, ver pp. 3564 en [http://biblioteca.afip.gob.ar/pdf/BOL\\_DGI\\_0232\\_1\\_2016.PDF](http://biblioteca.afip.gob.ar/pdf/BOL_DGI_0232_1_2016.PDF).

---

reclamara individualmente (consid. 6). Como se ve, la Corte citó como precedente un caso que giró en torno a pretensiones de indiscutible contenido patrimonial, cuando en CEPIS se discutía sobre el derecho a la información y participación (Verbic-Salgado, 2016, p. 3).

En tercer lugar, la premisa de que la Corte asumió que las actoras habían planteado pretensiones de contenido patrimonial termina de corroborarse si tenemos en cuenta la disertación que ofreció el Ministro Ricardo L. Lorenzetti en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. En dicha oportunidad, el otrora Presidente de la CSJN hizo especial hincapié en los litigios colectivos por tarifas y confirmó que la Corte abordó CEPIS asumiendo que existían distintos niveles de daños patrimoniales que afectaban de distinta forma a los usuarios del servicio<sup>57</sup>.

Ahora bien. Si hasta aquí coincidimos con que el máximo tribunal abordó el caso desde una perspectiva patrimonial y, por ello, asumió que las actoras pretendían órdenes de dar (devolver el dinero), llegaremos a una primera conclusión: la Corte abordó un “caso colectivo compulsivo” como si fuera un “caso colectivo por daños patrimoniales masivos”, acciones tan similares y distintas como un amparo y un hábeas corpus (Verdaguer, 2010, pp. 44 y 351).

### **3.3. Al existir conflictos colectivos de diversa naturaleza, existen distintas acciones colectivas para abordarlos:**

Como es sabido, en “Halabi” la Corte sostuvo que hasta tanto se sancionaran las normas procesales pertinentes, el sistema judicial argentino podía administrar casos colectivos análogos a los del derecho estadounidense (consid. 19). Por ello, hasta que se legislara sobre la materia, el modelo norteamericano officaría como guía para iniciar acciones de clase en Argentina.

Siguiendo esta línea, las *Federal Rules* 23 reconocen cuatro especies de class actions que se habilitan frente a casos masivos que reúnen distintas características. En lo que importa para este análisis, nos enfocaremos en dos de ellas por ser muy parecidas a las que la Corte Suprema pareciera haber habilitado en Halabi.

---

<sup>57</sup> Las jornadas se llevaron a cabo el 27/11/2017. A partir del minuto 19.55 el Ministro habla de los casos colectivos por cuestiones tarifarias y deja entrever que no estábamos frente a un caso de pretensiones indivisibles. [https://www.youtube.com/watch?v=keHvka\\_Mhgc&t=1853s](https://www.youtube.com/watch?v=keHvka_Mhgc&t=1853s).

---

(i) Acciones de clase de tipo compulsivo (*injunctive* o *mandatory class actions*)

Esta especie de acción de clase se utiliza en situaciones en las que la demandada ejecutó un acto, se negó a hacerlo o no cumplió con determinado deber legal y ello desembocó en un perjuicio masivo a cientos, miles o incluso millones de personas (Klonoff, 2012, p. 96).

La *injunctive class action* se colectiviza de forma compulsiva porque para garantizar la solución a un afectado, se debe garantizar la misma solución para el resto de personas que se encuentren en la misma situación (Issacharoff, 2017, p. 93). El conocido caso *Brown v. Board of Education* es un claro ejemplo de esta especie. En ese conflicto era imposible dictar una sentencia que eliminase la segregación racial escolar solo en favor de una persona afro-americana: o se cambiaba la estructura en favor de todas las personas en la misma situación de discriminación racial, o se mantenía en detrimento de todas (Issacharoff, 2017, p. 93).

Los casos ambientales son otro buen ejemplo de esta especie: como el medio ambiente es un bien que pertenece a una comunidad y no a alguien en particular, la acción judicial que pretenda garantizar estos derechos deberá tramitar en el marco de una estructura procesal colectiva porque lo que se resuelva afectará, para bien o para mal, a todos los que se encuentren en la misma situación.

Como vemos, la *injunctive class action* se estructura sobre la base del principio del tercero excluido (Grajales-Negri, 2014, p. 187). Por ello, las pretensiones que se articulan en este tipo de procesos son de carácter indivisible dado que lo que se reclama no puede ser dividido por la cantidad de afectados (como sucede con reclamos de índole patrimonial) (Alexander, 2000). En razón de estas características, la *injunctive class action* ha sido popularmente conocida como *civil rights class actions* ya que su utilización ha predominado en casos de litigio estratégico para la defensa de derechos humanos (y es la especie de acción que CEPIS inició), (Maurino-Nino-Sigal 2006, p. 33; Klonoff, 2012, p. 96).

(ii) Acciones de clase por daños (*damages class actions*). A diferencia de lo que sucede con la *injunctive class action*, esta acción se utiliza por cuestiones de conveniencia y mejor gestión judicial, no porque deba haber una única respuesta al conflicto (Redish- Berlow, 2007, p. 761). Para habilitar esta vía procesal, la actora debería acreditar que existen cuestiones de derecho comunes a todas las personas afectadas por el mismo hecho y que la acción de clase por

---

daños es la herramienta superadora para dar solución al conflicto (requisitos que en Estados Unidos son conocidos como *commonality* y *superiority*, (Issacharoff, 2017, p. 94).

Como en este tipo de acción pueden coexistir distintos niveles de daño económico, es esperable que dentro del universo de afectados haya personas que pretendan iniciar su propio reclamo individual por la gravedad de lo sufrido. Por ello, impedirles optar por excluirse del proceso colectivo implicaría una violación a su derecho a la defensa (Mullenix, 2003, p. 187) (aquí también me adelanto: es la especie de acción que para la Corte iniciaron las actoras).

Como la acción colectiva por daños permite que parte de los afectados decidan salirse del proceso y litigar por las suyas (en razón del nivel de daño que sufrieron), el sistema admite que el mismo hecho pueda ser litigado colectiva e individualmente y que existan sentencias sustancialmente distintas sobre el mismo problema (como terminó pasando en CEPIS: para algunos usuarios el aumento fue nulo y para otros válido).

Hecha esta brevísima descripción sobre las dos especies de *class actions* más utilizadas en el modelo norteamericano, volvamos al análisis del caso CEPIS. Teniendo en cuenta el criterio que la Corte sentó en “Halabi” y “Padec” sobre la posibilidad de que en Argentina se utilizaran acciones de clase análogas a las que se utilizan en el modelo norteamericano, y la categoría que José María Salgado denominó “derechos individuales homogéneos con unidad de decisión” (Salgado, 2011, p. 45), CEPIS solicitó que la acción tramitara como un proceso colectivo de tipo compulsivo porque solo podía haber una única solución posible al caso: o el aumento era declarado nulo en favor de todos los afectados o, por el contrario, era válido y oponible a todos, sin distinciones<sup>58</sup>. Como vemos, una pretensión imposible de dividir: si el reglamento administrativo que decretó el aumento no cumplió con un requisito esencial (audiencias públicas), entonces debe ser declarado nulo, de nulidad absoluta, y reputado inoponible a cualquier persona que estuviera dentro del universo de destinatarios de aquel reglamento.

La acción de clase de tipo compulsiva fue admitida por el juez de grado cuando sostuvo que el incumplimiento de los requisitos esenciales de un reglamento administrativo era la situación fáctico/jurídica común a todo el

---

<sup>58</sup> CEPIS afirmó: “... más allá de la naturaleza individual homogénea es necesario que el caso presentado sea tratado con unidad de decisión, es decir, el caso concreto requiere de una sola sentencia que englobe a todos los afectados ya que, en caso de habilitarse el derecho de exclusión a cada miembro que conforma la clase afectada, se estaría abriendo paso a la existencia de sentencias posiblemente contradictorias, (cap. 10 demanda).

---

colectivo de usuarios del servicio público de gas natural<sup>59</sup> (y así inscripta en el Registro Público de Procesos Colectivos). Lo mismo sucedió con la Cámara de Apelaciones, que anuló el aumento para todos los usuarios del servicio porque el reglamento administrativo había incumplido con requisitos esenciales.

Sin embargo, nada de esto fue tenido en cuenta por la Corte a la hora de entrar a resolver el caso. Al asumir que las actoras reclamaban por el derecho a la propiedad de los usuarios y, por ello, pretendían la devolución del dinero, abordó el conflicto como si se hubiera planteado una acción de clase por daños masivos, aquella especie de acción en la que no es necesario que todas las personas en la misma situación obtengan una solución idéntica al conflicto (Verbic, 2007, p. 314; Redish; Berlow, 2007, p. 752).

Al abordar el caso desde esta perspectiva, la Corte se quitó de encima la necesidad de dictar una sentencia que abarcara a todos los usuarios afectados, sea en favor o en contra, pudiendo dictar sentencias salomónicas, algo mucho más cercano a su estilo (Giannini, 2016, p. 9).

Llegados a este punto, si coincidimos con que la Corte abordó CEPIS como si fuera una acción de clase por daños patrimoniales masivos, podremos llegar a la segunda conclusión propuesta: el máximo tribunal abordó el conflicto cambiando la especie de acción colectiva porque de esta forma no debería dar la misma solución a todos los afectados por el mismo hecho. En otras palabras, con este enfoque -distinto al original- podría anular el aumento de tarifas solo en favor de un universo de usuarios (los residenciales) y mantenerlo vigente para que los consumidores de mayor porte continuaran pagando el aumento. Veamos ahora cómo las acciones de clase norteamericanas han sido emuladas en el derecho argentino, gracias a la jurisprudencia de la Corte Suprema y a sus Acordadas.

### **3.4. Halabi y los requisitos de admisibilidad de las acciones de clase criollas**

Es sabido que “Halabi” marcó un antes y un después en la tramitación de acciones de clase del sistema de justicia argentino. Como sostienen José M.

---

<sup>59</sup> Sostuvo “... Existe un planteo que involucra, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas a todo el colectivo, tal el presunto incumplimiento a la normativa que reglamenta la participación ciudadana en la toma de decisiones...”, (ap. XVIII pto. 4 sent. 1ra instancia).

---

Salgado y Leandro Giannini, en “Halabi” la Corte continuó el rumbo trazado en Siri y Kot sobre la operatividad de los derechos constitucionales y reconoció la posibilidad de litigar colectivamente en defensa de derechos individuales homogéneos; un tipo de tutela casi imaginaria hasta el momento (Salgado, 2009, p. 1; Giannini, 2015, p. 297).

Teniendo en cuenta los criterios delineados en “Halabi”, profundizados en “Padec” y sistematizados en las Ac. 32/2014 y 12/2016; en nuestro ordenamiento jurídico habría dos especies de “derechos colectivos” que podrían defenderse a través de mecanismos procesales colectivos (que guardan una evidente semejanza con las acciones estadounidenses).

Por un lado, la categoría “derechos difusos”, es decir, aquellos derechos que no le pertenecen a una persona en particular, sino a un colectivo de individuos. Al ser derechos cuya titularidad es plural, cualquier situación que los lesionare debería ser resuelta en una instancia judicial colectiva dado que solo podría haber una única solución al caso.

No hace falta demasiado esfuerzo para advertir que esta categoría de derechos colectivos guarda una estrecha similitud con el tipo de situación tutelada por medio de las *injunctive class actions*: en ambos supuestos se hace referencia a una hipótesis de conflicto que solo permite una única solución en favor o en contra de todos los que se encuentran en el mismo contexto, (Issacharoff, 2017, p. 34; Giannini, 2015, p. 300).

Por otro lado, en “Halabi” la Corte también caracterizó a los “derechos individuales homogéneos” como aquellos integrados por la suma de todos los derechos subjetivos afectados por un mismo hecho. Así, al haber una causa fáctica común y un daño homogéneo, razones de economía procesal; descongestión judicial; disminución de sentencias contradictorias; y generación de efectos disuasivos en el demandado justificarían que el Poder Judicial juzgue en un solo litigio la situación de todas las personas afectadas por el mismo hecho (Verbic, 2007, p. 61).

Lo mismo sucede con esta especie de derecho: es evidente que guarda una sustancial semejanza con la hipótesis de conflicto por los cuales se habilitan las *damages class actions* norteamericanas (Issacharoff, 2017, p. 94; Verbic, 2007, p. 21). En ambos supuestos nos encontramos ante situaciones que no requieren una única solución al caso, sino que se colectivizan por mera conveniencia.

---

Pero a diferencia de lo que sucede con el paralelismo entre las *injunctive class actions* norteamericanas y las acciones de clase en defensa de derechos difusos de Argentina, hay algo muy importante que distingue a las *damages class actions* estadounidenses de las que se inician con los mismos fines en nuestro país: la opción estadounidense permite resolver colectivamente la lesión a derechos patrimoniales de envergadura, pero la Argentina no lo permite -como regla- por decisión exclusiva de la Corte (Lorenzetti, 2010, p. 127). Veámoslo con un poco más de detalle.

Según lo resuelto en “Halabi”, “Padec” y sistematizado en Acordadas de la Corte, para que se habilite una instancia colectiva en defensa de derechos individuales homogéneos (*damages class actions*) la interesada debería demostrar que el conflicto cumple con los siguientes requisitos:

(i) Causa fáctica homogénea y afectación a una pluralidad relevante de personas: el hecho debe haber lesionado los derechos subjetivos de una pluralidad importante de personas, de forma tal que el conflicto no podría resolverse a través de la figura del litisconsorcio activo (Lorenzetti, 2010, p. 122).

(ii) Pretensión procesal enfocada en los aspectos comunes del conflicto: las pretensiones de la acción deberían enfocarse en los aspectos homogéneos del conflicto, dejando de lado las circunstancias particulares que hayan sufrido los afectados;

(iii) Que no existan incentivos suficientes para que cada afectado recurra individualmente a la justicia: que el daño causado en cada afectado no genere incentivos para que recurra individualmente al Poder Judicial, situación que evidenciaría una barrera en el acceso a la justicia de cada afectado que si bien sufrió un daño, no reclamará porque no tiene incentivos para hacerlo (Verbic, 2016, p. 1). Este es el criterio que la Corte utilizó para sostener que solo los usuarios residenciales serían parte del proceso porque las demás categorías habían sufrido daños patrimoniales que sí justificaban reclamar individualmente.

Como vemos, este requisito es el que marca la mayor diferencia entre las *damages class actions* y las acciones en defensa de derechos individuales homogéneos: mientras que las primeras se pueden utilizar tanto para daños que justifican litigar individualmente y para aquellos que no lo justifican (Redish;

---

Berlow, 2007, p. 762), en las argentinas ello no es posible (al menos como regla).<sup>60</sup>

Este aspecto es central para este análisis: el cumplimiento de este controvertido requisito es la razón por la que la Corte decidió modificar la tipicidad de los derechos en pugna y las pretensiones articuladas para asumir que estábamos frente a una acción de clase en defensa de derechos individuales homogéneos (*damages class actions*) (Verbic, 2015, p. 1).

Gracias a esta exigencia, la Corte podría aplicar su restrictivo criterio sobre entidad de daños individuales y sostener que uno de los requisitos de admisibilidad de la acción estaba parcialmente cumplido: en términos de daños patrimoniales, no se había demostrado que todos los usuarios del servicio público tuvieran pocos incentivos para litigar individualmente. Mientras los residenciales debían hacer frente a montos que no justificaban litigar por las suyas (valor negativo del reclamo), los usuarios no residenciales tenían que pagar sumas tan abultadas que sobaban razones para litigar de forma individual (valor positivo del reclamo).

El punto es que si la Corte hubiera administrado el caso respetando los márgenes en los que la litis fue trabada y administrada en las dos instancias anteriores, le hubiera sido imposible evaluar el cumplimiento de este requisito de admisibilidad porque las actoras plantearon una acción de clase de tipo compulsiva; una especie que, como dijimos, se utiliza cuando solo puede haber una solución posible que se proyecte por igual a todos los que se encuentran en la misma situación (Verbic; 2016, p. 4).

Haciendo un breve repaso de lo hasta aquí tratado, deberíamos poder ver con más claridad que: (i) la Corte interpretó que las actoras reclamaban en defensa del derecho a la propiedad de los usuarios y, por ello, (ii) asumió que pretendían la devolución del dinero indebidamente percibido con el aumento tarifario, por lo que (iii) podría abordar el caso como si se hubiera planteado una acción de clase por daños masivos; y así (iv) re-evaluar la admisibilidad de la

---

<sup>60</sup> Sobre la inconstitucionalidad del requisito sobre la improcedencia del reclamo individual, ver: Francisco Verbic “*La sentencia colectiva de la CSJN en la causa CEPIS. Una lectura crítica sobre sus alcances subjetivos*”, [https://www.academia.edu/27874853/La sentencia colectiva de la CSJN en la causa CEPIS . Una lectura cr%C3%ADtica sobre sus alcances subjetivos](https://www.academia.edu/27874853/La_sentencia_colectiva_de_la_CSJN_en_la_causa_CEPIS_.Una_lectura_cr%C3%ADtica_sobre_sus_alcances_subjetivos) y Leandro Giannini “*La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva*”, 2015, [https://www.academia.edu/12724273/LA NECESIDAD DE UNA REFORMA INTEGRAL DE LA JUSTICIA COLECTIVA](https://www.academia.edu/12724273/LA_NECESIDAD_DE_UNA_REFORMA_INTEGRAL_DE_LA_JUSTICIA_COLECTIVA)

---

acción pudiendo exigir requisitos de admisibilidad que no eran necesarios en una acción de clase compulsiva.

Con esta ingeniería procesal, la nulidad del aumento solo aplicaría a aquellos usuarios que no tuvieran incentivos para litigar individualmente: un universo de afectados que no representaba más del 30% del consumo del servicio público de gas natural (aquí empezamos a ver el perfil político que siguió la Corte para resolver de la forma en que lo hizo).

### **3.5 La “pista falsa en el camino”**

Explica Irving M. Copi que la “pista falsa en el camino” es aquel argumento falaz que busca distraer al auditorio desviando la atención de la cuestión principal. Así, se despista al/los receptores del mensaje con una observación que, si bien puede estar asociada al punto central, no es relevante para la cuestión que se debate (Copi- Cohen, 2013, p. 155).

Si releyéramos CEPIS teniendo especial consideración en esta técnica, tan distractiva como persuasiva, podremos identificar al elefante dentro de la habitación: la mayor parte de la sentencia está compuesta por un *obiter dictum* que no tiene nada que ver con el fondo de la cuestión planteada (derecho a la información y a la participación) y, en cambio, se enfoca en aspectos vinculados a la adaptación periódica de los cuadros tarifarios; el rol preponderante que ocupa la previsibilidad y la razonabilidad de las tarifas para garantizar su accesibilidad, entre otros (Giannini, 2015, p. 5). Temas que, si bien son de indiscutible relevancia a la hora de hablar sobre racionalidad de las tarifas de los servicios públicos, no eran parte del fondo de la cuestión a resolver.

De manera tal que, si a los cambios estructurales que la Corte realizó para abordar el caso como una acción de clase por daños masivos, agregamos que ocupó la mayor parte de su sentencia en puntos que no formaron parte de la discusión de fondo, podemos concluir que la solución al caso no fue jurídica, sino política. O, siguiendo la línea del realismo jurídico estadounidense, que las razones de lo resuelto respondieron a estímulos ajenos al derecho (Leitter, 2015, p. 247).

La Corte tomó la decisión de resolver el caso según sus intereses políticos y luego se ocupó de encontrar los argumentos que mejor se ajustaran a la postura asumida. Y para lograr persuadir sobre su punto de vista, no solo habló muy poco de lo que verdaderamente importaba y demasiado de lo que estaba fuera de

---

discusión, sino que, además, llevó los límites del caso a fronteras tan distintas que terminó desnaturalizándolo por completo. Lo más llamativo de esta pista falsa es que le adelantó al gobierno que los próximos aumentos tarifarios deberían cumplir los estándares de accesibilidad y racionalidad. Sin embargo, a dos años y medio de este “fallo ejemplar”, las tarifas se encuentran dolarizadas y la Corte Suprema nada ha dicho al respecto.

#### 4. Conclusiones

Este trabajo buscó ofrecer un análisis alternativo sobre la forma en que la Corte Suprema Argentina resolvió un caso en el que se encontraba afectada toda la población del país. En particular, buscó dejar en claro que el máximo tribunal abordó el caso basándose en premisas completamente distintas a las establecidas en el debate y coherentemente seguidas por los jueces y juezas que intervinieron en las instancias anteriores.

Algunas de estas falacias fueron expresamente identificadas aquí, como (i) el análisis sobre la tipicidad de los derechos en pugna, (ii) el tipo de pretensiones articuladas; (iii) las distintas especies de acciones colectivas que reconoce el modelo de *class actions* norteamericano, identificado por la Corte en Halabi como modelo a seguir hasta tanto el Congreso se encargara de las regulaciones necesarias y (iv) la burda pista falsa utilizada para derivar la atención sobre el verdadero fondo de la cuestión a resolver.

Sin embargo, hay otras tantas incongruencias que por extensión no fueron abordadas, entre ellas, el hecho de que la Corte no haya aplicado la excepción a la regla que estableció en Halabi y que permite tratar colectivamente daños que justifiquen el reclamo individual.

Samuel Issacharoff explica que las acciones de clase pueden relacionarse de distintos modos con la autoridad estatal, sea como fuerza antagónica, como una aliada encubierta o como una fuerza independiente al involucramiento gubernamental (Issacharoff, 2012; Verbic 2013, p. 5). En CEPIS se dio el primer supuesto. La acción colectiva demostró su “poder de fuego” como herramienta para la defensa de los más vulnerables de los abusos que llevan adelante los sectores de poder concentrado, sean públicos o privados, además de probar su potencia como herramienta de incidencia política (Denvir, 1976, pp. 1134 y 1137; Verbic, 2016).

---

No obstante, para que esta herramienta brille con todo su esplendor, es imperativo legislar sobre el tema. Es inadmisibles que la Corte Suprema tenga un poder discrecional tan amplio como para disponer cuándo un conflicto puede ser tratado colectivamente y cuáles son los requisitos de admisibilidad para lograr la habilitación de la vía, como sucede con “Halabi”, “Padec” y ni que hablar con las Acordadas dictadas para regular la materia (Verbic, 2016, p. 1). Más inadmisibles aún es que ni siquiera tenga en cuenta sus propios precedentes para resolver los conflictos colectivos que cotidianamente se le presentan.

Una cosa es que la máxima autoridad del Poder Judicial dicte resoluciones en el marco de sus facultades de Superintendencia para lograr una mejor gestión judicial y otra cosa, completamente distinta, es que tenga poder para diseñar los procesos judiciales y estipular los requisitos de admisibilidad que ella misma evaluará a la hora de resolver. Esa competencia es exclusiva del Congreso que en veinticinco años no legisló sobre la materia.

Asimismo, debemos tener en cuenta que aún con la ayuda de la Corte Suprema y su arbitraria eliminación de los usuarios que mayores consumos registraban, el Poder Ejecutivo Nacional pagó un elevado costo político porque el caso CEPIS ocupó la centralidad de los medios de comunicación por semanas. Y pareciera que esta experiencia no les pasó inadvertida, sino que les permitió experimentar en primera persona el poder de incidencia que tienen estas acciones. Desde mi punto de vista, en respuesta a esta experiencia el Poder Ejecutivo incluyó a las acciones de clase en el proyecto de reformas judiciales que pretende proponer Justicia 2020. Proyecto que, vale destacar, fue ampliamente rechazado por organizaciones de la sociedad civil, sindicatos, y otros colectivos por su manifiesta regresividad<sup>61</sup>. Owen Fiss explica que lo mismo sucedió décadas atrás en Estados Unidos, cuando el liberalismo ortodoxo buscó disminuir el poder de incidencia de las acciones de clase (Fiss, 1996, p. 12).

Para evitar que estos proyectos restrictivos tengan éxito, debemos buscar consensos multisectoriales que garanticen un balance entre el derecho de acceder a la justicia y el derecho a la defensa de los poderes concentrados. Solo así podremos acotar los márgenes de discrecionalidad con los que cuenta el

---

<sup>61</sup> Más información ver <https://www.cels.org.ar/web/2018/07/fuerte-rechazo-al-anteproyecto-de-ley-de-procesos-colectivos/>. Nota presentada por el colectivo de organizaciones civiles ante el Ministro de Justicia Germán Garavano, ver <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/07/Nota-sobre-acciones-colectivas-al-03-de-Julio.pdf>. Para una descripción detallada de las deficiencias que presentaba el Anteproyecto de Procesos Colectivos de Justicia 2020, ver Blog de Francisco Verbic <https://classactionsargentina.com/page/2/?s=2020>

---

Poder Judicial a la hora de abordar casos de incidencia pública en donde se debate la suerte de millones de personas.

También es imperativo dejar atrás esa idea conservadora de que el Poder Judicial es objetivo. A la luz de los hechos, la objetividad de la magistratura es una idea tan falaz como aquella que propugna que el ser humano puede ser “apolítico”. Como dijera Michelle Taruffo, la judicatura ya no se ejerce a través de una supuesta interpretación objetiva de postulados previamente establecidos, sino como una actividad interpretativa en la que los jueces/zas determinan el significado de las normas que más se ajuste a sus propias miradas (Taruffo, 2005, p. 14).

Por ello también debemos prestar especial atención a las herramientas de comunicación que utiliza el Poder Judicial para difundir sus fallos. No podemos seguir pensando que alcanza con que cada juez publique sus sentencias en Internet. Ello es totalmente insuficiente si tenemos en cuenta la extensión de sus resoluciones y los intrincados tecnicismos que emplean para intentar explicar cómo resuelven sus casos (Tau, 2019).

Para abordar este punto, sería interesante que los jueces/zas tuvieran que explicar frente a una cámara cómo resolvieron X caso, al menos en lo que respecta a los de incidencia pública (Verbic, 2014). Ni que hablar si pudiéramos avanzar en reformas que obliguen a los jueces a dar conferencias de prensa luego de resolver casos de alto impacto político/institucional.

De darse estos supuestos, ya no serían los medios de comunicación quienes procesen la información de las sentencias y las comuniquen a la población desde la perspectiva que más se ajuste a sus posturas editoriales. Cada persona podría sentarse a ver y escuchar las explicaciones que da el/la magistrada sobre la forma en que resolvió un caso que involucró los derechos de millones de personas. En definitiva, si exigimos a los restantes Poderes del Estado que informen y expliquen sus actos de gobierno, como no lo vamos a hacer con el Poder en el que sus miembros ocupan cargos vitalicios.

Como dijera tres décadas atrás Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, al igual que en la Grecia clásica, en las sociedades democráticas las circunstancias políticas y económicas generan un fuerte interés por la retórica como herramienta para la argumentación y persuasión a través del lenguaje (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 8).

Es imperativo que nuestra sociedad comprenda cómo trabaja el Poder Judicial. Solo así podremos generar cambios que nos permitan lograr que la

---

magistratura ejerza su función de forma discrecional pero justa, en vez de abusar de su posición de poder para dictar sentencias arbitrarias, como sucedió en el caso CEPIS (Tau, 2019, p. 73).

## BIBLIOGRAFIA

Alexander, J. C. (2000) *“An Introduction to Class Action Procedure in the United States, Presented Conference: Debates over Group Litigation in Comparative Perspective”*, Geneva, Switzerland. Recuperado

desde: <https://law.stanford.edu/publications/an-introduction-to-class-action-procedure-in-the-united-states/>

Cohen, C. y Copi, I. (2013) *“Introducción a la lógica”*, 2da. Ed. Limusa.

Recuperado desde:

[https://logicaformalunah.files.wordpress.com/2017/01/irving\\_m\\_copi\\_carl\\_cohen\\_introduccion\\_a\\_la\\_log.pdf](https://logicaformalunah.files.wordpress.com/2017/01/irving_m_copi_carl_cohen_introduccion_a_la_log.pdf)

Denvir, J. (1976) *“Towards a Political Theory of Public Interest Litigation”*, 54

N.C.L. Rev. 1133. Recuperado desde:

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nclr54&div=84&id=&page=>

Fiss, O. (1996) *“La teoría política de las acciones de clase”*, traducción por Gargarella, R. Recuperado desde:

[https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica02.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1-Abril1996/011Juridica02.pdf)

Giannini, L. J. (2015) *“La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva”*, Rev. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP.

Recuperado desde:

[https://www.academia.edu/12724273/LA\\_NECESIDAD\\_DE\\_UNA\\_REFORMA\\_INTEGRAL\\_DE\\_LA\\_JUSTICIA\\_COLECTIVA](https://www.academia.edu/12724273/LA_NECESIDAD_DE_UNA_REFORMA_INTEGRAL_DE_LA_JUSTICIA_COLECTIVA)

Giannini, Leandro J. (2016) *“La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de derechos de incidencia colectiva (a propósito de los casos CEPIS y Abarca)”*, La Ley Online: AR/JUR/57578/2016] Recuperado desde:

[http://archivo2016.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2016/09/La\\_insistencia\\_de\\_la\\_Corte\\_Suprema...\\_Cepis\\_Giannini\\_LL2016.pdf](http://archivo2016.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2016/09/La_insistencia_de_la_Corte_Suprema..._Cepis_Giannini_LL2016.pdf)

Grajales, A. A. y Negri, N. (2014) *“Argumentación jurídica”*, Ed. Astrea-

Issacharoff, S. (2012) *“Class Actions and State Authority”*, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 44, Recuperado desde:

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2103250](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2103250). Traducción al español por Verbic, F. *“Acciones de clase y autoridad estatal”*. Recuperado

desde:

[https://www.academia.edu/10303678/Acciones de clase y autoridad estatal](https://www.academia.edu/10303678/Acciones_de_clase_y_autoridad_estatal)

Klonoff, R. H. (2012) *“Class actions and Multi-Party Litigation”*, 4th Ed. West, pp. 96.

Leitter, B. *“Realismo Jurídico estadounidense”*, Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Vol.1. Recuperado desde:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/10.pdf>

Lorenzetti, R. L. (2010) *“Justicia Colectiva”*, 1ra. Ed. Rubinzal Culzoni.

Maurino, G., Nino, E. y Sigal, M (2006) *“Las acciones colectivas”*, Ed. Lexis Nexis

O'Neill, T. (2012) *“Law and the Argumentative theory”*, 90 Or. L. Rev. 837

Recuperado desde:

<https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=facpubs>

Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (1989) *“Tratado de la argumentación. La nueva retórica”*, Madrid: Ed. Gredos, traducción al español de. Muñoz, J. S.

Recuperado desde:

[https://www.academia.edu/22063583/Tratado de la argumentacion Perelman y Olbrechts Libro completo](https://www.academia.edu/22063583/Tratado_de_la_argumentacion_Perelman_y_Olbrechts_Libro_completo)

Poe, E. A. (1836) *“Maelzel's chess player”*, Ed. Southern Literary Messenger.

Redish, M. y Berlow, C. (2007) *“The Class Action As Political theory”*, 85° Wash. U. L. Rev. Recuperado desde:

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1071191](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1071191)

Salgado, J. M. (2009) *“Aristas del caso Halabi”*, DJ07/10/2009. Recuperado desde:

<https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/05/6-salgado-2009-aristas-del-caso-halabi.pdf>

Salgado, J. M. (2011) *“Tutela individual homogénea”*, Buenos Aires: Ed. ASTREA.

Salgado, J. M y Verbic, F. (2016) *“Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia”*. Recuperado desde:

[https://www.academia.edu/28012780/Un est% C3%A1ndar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia](https://www.academia.edu/28012780/Un_est%C3%A1ndar_inconstitucional_para_el_acceso_colectivo_a_la_justicia)

- Taruffo, M. (2005) *“Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica”*, Revista Isonomía Nro. 22, pp. 14. Recuperado desde:  
<http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n22/n22a1.pdf>
- Tau, M. R. (2019) *“Oralidad y lenguaje judicial claro. Garantía elemental del debido proceso”*, Revista de Derecho Procesal, 2019-1, Rubinzal-Culzoni, pp. 56.
- Vallefin, C. (2013) *“Medidas cautelares frente al Estado”*, Ed. Ad-Hoc.
- Verbic, F. (2007) *“Procesos Colectivos”*, 1ra Ed. Astrea
- Verbic, F. (2008) *“El caso Mendoza y la implementación de la sentencia colectiva”*. Recuperado desde:  
[https://www.academia.edu/3715762/El caso Mendoza y la implementaci%C3%B3n de la sentencia colectiva](https://www.academia.edu/3715762/El_caso_Mendoza_y_la_implementaci%C3%B3n_de_la_sentencia_colectiva)
- Verbic, F. (2014) *“Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano”*. Recuperado desde:  
[https://www.academia.edu/6215505/Motivaci%C3%B3n de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano](https://www.academia.edu/6215505/Motivaci%C3%B3n_de_la_sentencia_y_debido_proceso_en_el_sistema_interamericano)
- Verbic, F. (2015) *Cosa juzgada y eficacia de la sentencia colectiva dictada por la CSJN en “CEPIS”: El cuadro tarifario aprobado por las Resoluciones anuladas no debería aplicarse a nadie”*. Recuperado desde:  
[https://www.academia.edu/15362782/Acciones de clase y eficiencia del sistema de justicia](https://www.academia.edu/15362782/Acciones_de_clase_y_eficiencia_del_sistema_de_justicia)
- Verbic, F. (2016) *“La sentencia colectiva de la CSJN en la causa “CEPIS”. Una lectura crítica sobre sus alcances subjetivos”*. Recuperado desde:  
[https://www.academia.edu/27874853/La sentencia colectiva de la CSJN en la causa CEPIS . Una lectura cr%C3%ADtica sobre sus alcances subjetivos](https://www.academia.edu/27874853/La_sentencia_colectiva_de_la_CSJN_en_la_causa_CEPIS_.Una_lectura_cr%C3%ADtica_sobre_sus_alcances_subjetivos)
- Verbic, F. (2016) *“CEPIS como muestra del potencial de los procesos colectivos (y de algunas limitaciones para su adecuado desarrollo)”*. Recuperado desde:  
<https://classactionsargentina.com/2016/08/20/cepis-como-muestra-del-potencial-de-los-procesos-colectivos-y-de-algunas-limitaciones-para-su-adecuado-desarrollo/>
- Verbic, F. (2016) *“Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema”*. Recuperado desde:  
[https://www.academia.edu/25449210/Postulaci%C3%B3n de pretensiones co lectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema](https://www.academia.edu/25449210/Postulaci%C3%B3n_de_pretensiones_colectivas_a_la_luz_de_la_reciente_Acordada_de_la_Corte_Suprema)

---

Verdaguer, A. (2010) *“Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Amparo. Procedimiento”*, Dirección Enrique M. Falcón, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 44 y 351.

# Apéndice multimedia

---

## Conversando con Toshitaka Kudo<sup>62</sup>

Toshitaka Kudo es Abogado, egresado de la Universidad de Keio (Japón) y de la Washington University School of Law. Es profesor de Derecho en aquella institución, especializado en el tema de las acciones colectivas en Japón. Anteriormente se desempeñó como abogado de la División de litigio del Ministerio de Justicia de su país.

**[ReDIP] ¿Existe el litigio de interés público en Japón?, ¿Cuáles son sus principales características?**

[Toshitaka Kudo] Para ser sincero, lo que se conoce como “litigio de interés público” no ha sido muy desarrollado en Japón, aunque sí han existido algunos casos ambientales a través de los que se impugnan disposiciones administrativas o bien se reclama una indemnización por parte del Estado. Sin embargo, nuestro sistema legal tiene un concepto muy acotado de los supuestos que pueden configurar un “caso o controversia”. En casos como los ambientales, los actores enfrentan obstáculos para litigar porque, en general, los jueces consideran que sus reclamos persiguen la defensa de un interés simple y no de derechos. Entonces, en Japón existe un problema importante vinculado a la falta de legitimación para demandar de manera colectiva. La gente sólo puede reclamar en defensa de sus derechos individuales, y los fiscales tampoco tienen competencia para llevar adelante ese tipo de casos civiles colectivos.

En los casos de consumo, hay un estatuto especial que otorga a las ONGs legitimación para interponer acciones por daño colectivo, pero deben ser organizaciones previamente acreditadas por el gobierno. En casos distintos a los de defensa de los derechos de los consumidores, las reglas estrictas de legitimación son aplicables también para las ONGs. Por lo tanto, no pueden

---

<sup>62</sup> La presente entrevista fue realizada en Buenos Aires, por Olivia Minatta. La presente es una traducción al español de dicha conversación realizada por ella misma.

---

involucrarse en litigios colectivos por sí mismas, sino que deben hacerlo como patrocinantes de actores afectados.

**[ReDIP] Teniendo en cuenta estas apreciaciones, ¿qué otras herramientas utilizan los activistas para hacer incidencia y promover cambios institucionales?**

[Toshitaka Kudo] Bueno, existen grupos de presión que intentan generar cambios pero no son tan poderosos. En Japón, el partido que gobierna, y que se encuentra muy consolidado en el poder —el Partido Liberal Demócrata—, es pro-empleadores y pro-economía, entonces las corporaciones tienen mucho poder en comparación con otros sectores del mundo privado y con los grupos de presión. Los colectivos de ciudadanos suelen utilizar instituciones más tradicionales para defender sus derechos, como los sindicatos. Sin embargo, ahora pareciera que están presionando para comenzar a litigar de manera colectiva. Para eso, se realizan convocatorias a grupos de afectados a través de redes sociales (facebook, twitter), lo que significa que estos medios se están transformando en importantes herramientas para los reclamos colectivos.

**[ReDIP] Estas iniciativas en pos de reclamos colectivos que menciona, ¿poseen algún impacto en políticas públicas o en prácticas institucionales, o se limitan a resolver casos de personas concretas?**

[Toshitaka Kudo] En general no, pero ha habido algunas excepciones. Recuerdo un caso, una larga historia. Hubo un momento en el que inmigrantes chinos procedentes de “Manchuria” (China) escaparon de Japón, luego de ser derrotados en la II Guerra Mundial. Desafortunadamente, cuando volvieron al país, algunos de ellos dejaron a sus niños en China, donde fueron criados como huérfanos. Luego, esos niños quisieron volver a Japón y por suerte pudieron hacerlo. Sin embargo, se vieron excluidos por la sociedad japonesa, en tanto no hablaban japonés ni compartían las tradiciones japonesas. Los “huérfanos de la guerra”, apoyados por organizaciones de derechos humanos, iniciaron reclamos contra el Estado japonés demandando una reparación. Los casos fueron desestimados por los tribunales intervinientes, que sostuvieron que el Estado no era responsable por los daños causados en contexto de guerra. Sin embargo, el gobierno japonés

---

sancionó un estatuto previendo algunos beneficios sociales para esos huérfanos, así que eventualmente se puede decir que “ganaron”.

**[ReDIP] En esta ocasión, usted se encuentra en la Argentina estudiando algunos aspectos del litigio de interés público en nuestro país. Considerando que Argentina y Japón son países muy distintos (en términos sociales, culturales, económicos y políticos), ¿Cuál sería el punto en común cuando nos referimos al litigio de interés público en sentido amplio?**

[Toshitaka Kudo] En principio, Argentina es muy distinto que Japón. Es un país federal que surgió a partir de una colonia española. Nuestro país es una monarquía constitucional y es unitario. Tiene tradiciones y una historia larga. Sin embargo, pueden encontrarse algunas similitudes. Ambos países poseen la tradición del derecho civil romanista, con una influencia importante de Estados Unidos. Otro punto de contacto es que, aun cuando nuestro país no posee un sistema de acciones de clase en el sentido americano, recientemente sancionamos el estatuto de acciones colectivas de consumo. El nuevo estatuto está basado principalmente en el modelo brasileño de acciones colectivas. Aun cuando es un hilo muy fino, esperamos que nuestro país refuerce sus lazos con los sistemas legales propios de los países ibero-americanos.

### **¿Por qué lo entrevistamos?**

Esta entrevista tuvo lugar en ocasión de una estancia de investigación realizada por el Profesor Toshitaka Kudo a la Argentina. La misma nos permitió conversar con él y conocer un poco más de la realidad japonesa, así como del incipiente desarrollo del sistema de reclamos colectivos con posible vinculación con el litigio de interés público.

Esta entrevista puede ser leída como un complemento del trabajo de la Profesora Michiyo Maeda, titulado: *“Las acciones colectivas en Japón: evolución histórica y regulación actual”* y publicado en el N° 2 de la ReDIP.

**EXTENSIÓN**



Facultad de Ciencias  
**JURÍDICAS  
Y SOCIALES**  
Universidad Nacional de La Plata