

Diálogo multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica

Directores: **Marco Fandiño y Leonel González**

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



Global Affairs
Canada

Affaires mondiales
Canada



DIÁLOGO MULTIDISCIPLINARIO SOBRE LA NUEVA JUSTICIA CIVIL DE LATINOAMÉRICA



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

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

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

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

Diseño Portada:
Fanny Romero
Eduardo Argañaraz

Impreso en los Talleres de Gráfica LOM

CONTENIDO

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

HECHOS Y ARGUMENTOS EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN

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

Introducción	15
--------------------	----

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Introducción	47
--------------------	----

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FRANCISCO VERBIC

PRESENTACIÓN

El presente *Manual de Introducción a los Procesos Colectivos y las Acciones de Clase* es el producto final de un trabajo de consultoría realizado en el marco del proyecto *Promoting and Supporting Civil Justice Reform and Access to Justice in Latin America*, ejecutado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) con el apoyo técnico y financiero de Global Affairs Canada (GAC).

El principal objetivo de la obra es de orden didáctico. Desde esta perspectiva, pretende presentar a jueces, abogados y hacedores de políticas públicas de la región los lineamientos generales, principios e instituciones que gobiernan el campo de la tutela colectiva de derechos en clave representativa. Esto es, aquellos procesos judiciales llevados adelante en beneficio de grupos de personas por ciertos atípicos representantes de derechos ajenos (individuos, organizaciones del tercer sector y organismos públicos), cuya actuación judicial impactará con cualidad de cosa juzgada –con diversos alcances– incluso sobre quienes no han sido parte formal en el debate.

Se trata de un campo del derecho en plena evolución y desarrollo en prácticamente todos los países de la región, así como a nivel global. Este fenómeno obedece a una inculcable e impostergable realidad de la cual debemos hacernos cargo con urgencia si pretendemos dotar de efectividad al derecho humano y esencial de acceso a la justicia, especialmente de ciertos grupos tradicionalmente vulnerables. Me refiero a las características masivas y repetitivas de los conflictos que cada vez con mayor frecuencia deben enfrentar y resolver los operadores jurídicos, sumado a la evidente insuficiencia de estructuras orgánicas e institucionales y métodos de debate (códigos, leyes procesales) pensados y diagramados con la finalidad de atender conflictos individuales.

Para lograr el objetivo planteado, como premisa metodológica y expositiva, se tomaron principalmente las reglas establecidas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y el sistema de acciones de clase establecido en la Regla Federal de Procedimiento Civil 23 de los Estados Unidos de América. Asimismo, el Manual contiene referencias normativas y jurisprudenciales de distintos países latinoamericanos que, en mayor o menor medida, han desarrollado en época relativamente reciente sistemas procesales específicos para atender conflictos colectivos por medio de este tipo de instrumentos de debate (Argentina, Brasil, Colombia, Chile y México, entre otros).

El desafío de redactar un Manual que condense en pocas páginas, de manera resumida y sistemática, una temática compleja y en gran medida ajena a nuestra tradición jurídica, fue en extremo demandante. El lector debe tener presente que muchas de las discusiones en torno a distintos institutos del campo de los procesos colectivos y las acciones de clase han sido simplificadas para permitir su presentación en clave de principio. Las notas incorporadas a pie de página pretenden servir como invitación para profundizar al respecto.

En ese orden de ideas, también cabe advertir que el Manual no pretende agotar la temática ni describir en detalle el contenido de los sistemas nacionales de la región en el campo de la tutela colectiva de derechos. Las referencias normativas y jurisprudenciales nacionales han sido utilizadas en este contexto a modo de ejemplo, sea como medio para ilustrar los distintos diseños que admiten ciertas instituciones o bien para presentar las principales cuestiones que entendemos deben ser atendidas a efectos de lograr que este tipo de sistemas se desarrolle adecuadamente y en respeto de la garantía de debido proceso legal que asiste a todos los habitantes de los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Para terminar con esta breve presentación, quiero agradecer a Jaime Arellano, Director Ejecutivo del CEJA, por la confianza depositada en mi trabajo y la oportunidad de realizar este aporte para profundizar las prácticas y mejorar el sistema de protección colectiva de derechos en la región. Igualmente a Leonel González, Coordinador de Capacitación del CEJA, por su acompañamiento, observaciones y críticas a los informes parciales que permitieron mejorar en gran medida el resultado final del trabajo, tanto en orden a los contenidos desarrollados como en lo que hace a su sistematicidad y metodología de exposición. Finalmente, agradezco también a mis colegas y ami-

gos Caren Kalafatich y Matías A. Sucunza por su colaboración en el relevamiento de material de derecho comparado y las críticas y sugerencias aportadas sobre los borradores del trabajo.

*Francisco Verbic
La Plata, enero de 2017*

GLOSARIO DE ABREVIATURAS DE NORMAS

CDC	Código de Defensa del Consumidor, Ley N° 8.078/1990 y modificatorias (Brasil)
FRCP	Regla Federal de Procedimiento Civil (Estados Unidos de América)
CMPC	Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica
CNA	Constitución Nacional (Argentina)
LGA	Ley General del Ambiente N° 25.675 (Argentina)
LDC	Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 y modificatorias (Argentina)
LACP	Ley de Acción Civil Pública N° 7.347/1985 y modificatorias (Brasil)
LPDC	Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores N° 19.946/1997 (Chile)
CPC	Código Federal de Procedimientos Civiles, Diario Oficial de la Federación del 24 de febrero de 1943 y modificatorias (México)

I. LOS PROCESOS COLECTIVOS

1.1. La cuestión terminológica

Los mecanismos de tutela colectiva de derechos en sede judicial pueden adquirir distintas formas y también diversas denominaciones. Entre aquellos que podemos identificar en el derecho comparado se destacan el sistema de caso testigo alemán (*musterverfahren*)²¹², el modelo de resolución de casos repetitivos a través de incidente o bien de recursos incorporado en el nuevo Código de Proceso Civil

²¹² DO PASSO CABRAL, A., *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*, RePro N° 147 (2007), pp. 123-146; “*Il procedimento-modello (Musterverfahren) tedesco e gli strumenti di risoluzione di processi ripetitivi*”, Revista de Processo Comparado, N° 1 (2015), pp. 45-61.

brasileño²¹³, y el sistema de litigio multidistrital vigente en los Estados Unidos de América²¹⁴.

En este trabajo, sin embargo, nos ocuparemos exclusivamente de los procesos colectivos de tipo representativo, cuyo modelo paradigmático a nivel global son las acciones de clase del sistema federal estadounidense. Estos procesos tienen dos características esenciales que los definen con total independencia de la denominación que la doctrina y la legislación de un determinado Estado les acuerden (proceso colectivo, acción colectiva, acción de clase, amparo colectivo, etc.).

La primera de dichas características es que el representante que promueve la acción judicial no es elegido por el grupo ni por sus integrantes, sino que se auto-nomina como tal. Esto sucede con cualquiera de los legitimados colectivos autorizados en tal carácter por el ordenamiento jurídico de que se trate (organismos estatales, defensor del pueblo, Ministerio Público, individuos particulares, sindicatos, Organizaciones No Gubernamentales o cualquier otro).

La segunda característica es que los resultados del accionar de este atípico representante afectarán con cualidad de cosa juzgada (esto es, con carácter inmutable) a todo el grupo que eligió representar. Las variables de intensidad de esta afectación dependerán del sistema de cosa juzgada colectiva que se implemente a nivel reglamentario, pero debemos tener presente que siempre, indefectiblemente, existirá una decisión judicial cuyos efectos –al menos en principio– no será posible modificar en el futuro con relación a ciertas personas.

En estos procesos no hay contrato de mandato ni apoderamiento formal alguno que permita al representante actuar en nombre del grupo, como tradicionalmente ocurre cuando alguien necesita iniciar una acción individual en cualquiera de los sistemas de administración de justicia de la región.

Más aún: el representante colectivo puede actuar en desconocimiento de las personas que dice representar (ya que las medidas de publicidad y notificación implementadas en estos procesos no aseguran necesariamente que todos los miembros del grupo tomen efectivo

²¹³ DIDIER JR., F., *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*, RePro N° 256 (2016), pp. 209-218.

²¹⁴ OSTOLAZA, Y., y HARTMANN, M., *Overview of Multidistrict Litigation Rules at the State and Federal Level*, 26 Rev. Litig. 47.

conocimiento del proceso), y aun contra su voluntad en ciertos supuestos excepcionales donde el objeto de la pretensión es de carácter indivisible. Lo que resulte de la actuación de este representante atípico influirá, como señalamos, sobre el derecho de todos los miembros de ese grupo que comparten una situación similar de hecho o de derecho frente al demandado.

Como puede advertirse, este tipo de mecanismo procesal reviste carácter excepcional por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque su empleo implica una seria limitación a la autonomía individual de los sujetos afectados. Nótese que, entre otras cosas, los miembros del grupo ya no podrán escoger si llevar adelante o no su caso en sede judicial, ni mucho menos con qué abogado hacerlo, cuándo y dónde, cómo presentar sus argumentos, qué pruebas aportar, etc.²¹⁵

En segundo lugar, porque su utilización implica también una redefinición de la idea clásica de debido proceso legal. Este tipo de sistema de tutela colectiva descansa sobre la ficción de considerar presentes en el debate a los integrantes del grupo a través de un representante que, como fue señalado, no escogieron voluntariamente. Es por ello que el derecho a ser oído por el juez se limita aquí a ser oído a través de tal atípico gestor de intereses ajenos y exige una adecuación del trámite que permita minimizar al máximo los riesgos y daños que pueden derivarse de la ausencia del interesado en el proceso.

1.2. La influencia de las tradiciones jurídicas sobre la definición del campo de actuación del proceso colectivo: *civil law* (enfoque en derechos) y *common law* (enfoque en conflictos)

La mayoría de los países del mundo responden a alguna de las dos tradiciones legales más importantes de la historia del derecho: *common law* o *civil law*. La primera de ellas encuentra su origen durante la Edad Media en Inglaterra y fue transmitida desde dicho país hacia otros continentes a través de sus numerosas colonias. La segunda, a su turno, se desarrolló al mismo tiempo en Europa continental y también fue transmitida a las colonias situadas en distintos lugares del mundo, especialmente aquellas españolas y portuguesas. Es por ello

²¹⁵ TIDMARSH, J., *Rethinking Adequacy of Representation*, 87 Tex. L. Rev. 1137.

que esta última se convirtió en la tradición principal de los países que componen la región latinoamericana²¹⁶.

En términos generales, puede decirse que estas tradiciones han intentado reflejar y sistematizar una serie de elementos culturales vinculados con el derecho, tanto desde el punto de vista institucional como en lo que hace al modo de enseñarlo y aplicarlo. Así, en sus versiones “puras”, el *common law* se caracteriza por ser una tradición generalmente no codificada y fundada en el precedente judicial, mientras que la tradición del *civil law* es conocida por un derecho codificado, tanto sustancial como procesal, donde los jueces son meros aplicadores de la ley²¹⁷.

Otro aspecto diferencial entre ambas tradiciones, estrechamente vinculado con el que señalamos hace un momento, es el rol del juez en lo que hace a la definición del alcance del derecho. Mientras que en la tradición de *common law* ese rol es muy fuerte, no sucede lo mismo en los países de *civil law*. Como explica Merryman, esto puede explicar por qué los “héroes” de la historia del derecho inglés y estadounidense son jueces, mientras que ese lugar es ocupado por doctri-narios en España, Francia y otros países tributarios del *civil law*²¹⁸.

Si bien la distinción entre sistemas de *civil law* y *common law* puede considerarse en gran medida superada por motivos de la más diversa índole²¹⁹, no podemos soslayar que con base en ellas se han construido y sostenido a lo largo del tiempo ciertas prácticas y concepciones muy arraigadas sobre el derecho. Algunas de ellas merecen ser destacadas aquí por incidir directamente sobre el diagrama de la tutela procesal diferenciada de tipo colectivo.

²¹⁶ Cf. The Robbins Collection “*The Common Law and Civil Law Traditions*”, University of California at Berkeley School of Law, disponible en <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html> (última visita el 2/1/17). Allí se explica que durante los siglos XIX y XX la tradición de *civil law* fue también adoptada en países que antes respondían a otros esquemas, tales como Rusia y Japón, y que buscaron reformar sus sistemas legales para ganar poder económico y político comparable con los Estados Nación de Europa occidental.

²¹⁷ Cf. The Robbins Collection “*The Common Law and Civil Law Traditions*”, University of California at Berkeley School of Law, disponible en <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html> (última visita el 2/1/17).

²¹⁸ MERRYMAN, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, Ed. Fondo de Cultura de México, México, 1ª reimpresión (1979), p. 159.

²¹⁹ En general ver el análisis de TARUFFO, M., *El ‘Civil Law’ y el ‘Common Law’: aspectos fundamentales*, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Ed. Temis S.A., Bogotá (2006), pp. 57-85.

Desde esta perspectiva, la influencia de las tradiciones jurídicas es innegable a la hora de definir el ámbito de actuación de esta tutela. Es decir, el propio objeto de los procesos colectivos. Es por ello que los ordenamientos nacionales deberían tenerla en especial consideración para construir sistemas adecuados que comulguen con la idiosincrasia local, evitando copiar y trasladar automáticamente modelos que obedecen a otras premisas culturales.

Sucede que en la tradición jurídica del *civil law* (también conocida como “romano canónica” o “continental europea”) las normas legales son estudiadas y utilizadas principalmente a través de abstracciones y definiciones de índole dogmática: principios legales y conceptos son los instrumentos más utilizados para aplicar la ley a los hechos²²⁰. Una de tales abstracciones, sobre la cual se construye gran parte de los sistemas jurídicos que responden a esta tradición, es la noción de *derecho subjetivo*.

¿Qué derivaciones tiene este fenómeno en la arena del derecho procesal? Una de las más relevantes es que funciona como un condicionamiento a la actuación de los tribunales de justicia y del resto de los operadores jurídicos, quienes asumen que si un sujeto no tiene un derecho reconocido por el derecho positivo, nunca podrá –al menos en principio– tener éxito en el marco de un proceso judicial.

Este cuadro se presenta de modo diferente en los sistemas del *common law*, donde el desarrollo de la experiencia histórica ha traído hasta nuestros días la fórmula *remedies precede rights* (también conocida como *ubi remedium, ibi jus*). En función de ella, se considera al proceso como un *prius lógico*, configurado por la posibilidad de defender ante un juez una determinada situación necesitada de protección. El derecho (*jus*), mientras tanto, solo se entiende configurado

²²⁰ En palabras de Merryman: “Uno de los aspectos más característicos de la manera tradicional civilista de dividir el derecho es el notablemente mayor grado de acentuación y de confianza en la validez y utilidad de las definiciones y de las distinciones formales. Mientras los abogados del derecho consuetudinario tienden a considerar la división del derecho como convencional, esto es, como el producto de una mezcla de historia, conveniencia y hábitos, la influencia de los juristas y particularmente de la ciencia jurídica ha conducido a los abogados civilistas a tratar la cuestión de la división del derecho en términos más reglamentarios (...) las definiciones y categorías son consideradas como científicamente derivables de cierta clase de realidad jurídica inherente (...) Así, lo descriptivo se fusiona con lo normativo...” (cf. MERRYMAN, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, Ed. Fondo de Cultura de México, México, 1ª reimpresión (1979), p. 159).

si la situación invocada por el interesado resulta reconocida por el juez como merecedora de tutela.

Algunos autores consideran que la relación entre ambas nociones (derecho y remedio) se presenta como una paradoja similar a la del huevo y la gallina²²¹. Sin embargo, lo cierto es que la mencionada fórmula ha tornado posible, en aquellos sistemas, no anclar el campo de aplicación del proceso a un mapa prefabricado de situaciones calificadas *a priori* como derechos²²².

¿Cómo han influido estas tradiciones jurídicas en el desarrollo de los sistemas procesales colectivos? Tomaremos como ejemplo los casos de Brasil y Estados Unidos, escenarios paradigmáticos del fenómeno a nivel global.

1.2.1. Tradición de civil law: enfoque en derechos

En la República Federativa del Brasil podemos encontrar un mecanismo de discusión colectiva relativamente nuevo, sobre el cual profundizaremos un poco más adelante. Vale subrayar por ahora que dicho país es uno de los pocos tributarios del *civil law* que ha desarrollado en esta arena un régimen orgánico de tutela diferenciada de derechos²²³.

Más aún: fue el primero en introducir en la región iberoamericana un mecanismo de protección específico para derechos difusos y colectivos de naturaleza indivisible, a los cuales se sumaría posteriormente el mecanismo de defensa de los llamados intereses o derechos *individuales homogéneos*²²⁴.

²²¹ WOLCHER, L. E., *The Paradox of Remedies: The Case of International Human Rights Law*, 38 Colum. J. Transnat'l L. 515 (2000).

²²² Cf. COMOGLIO, L. P.; FERRI, C., y TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, Ed. Il Mulino, 4ª edición, Bologna (2006), Tomo I, pp. 30-31.

²²³ A nivel constitucional, encontramos los institutos de representación de las entidades asociativas (art. 5, XXI), el pedido de seguridad colectiva (art. 5, LXX, CF/88), la acción popular (LXXIII), la sustitución procesal para los sindicatos (art. 8, III) y la acción civil pública (art. 129, III). En el plano reglamentario se destacan las leyes N° 4.717/65 (acción popular), N° 7.347/85 (acción civil pública) y N° 8.078/90 (código de defensa del consumidor).

²²⁴ Cf. PELLEGRINI GRINOVER, A., *Acoes coletivas Ibero-Americanas: novas questoes sobre a legitimacao e a coisa julgada*, Relato por Brasil en el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en la Universidad Tor Vergata, Roma (mayo de 2002).

Es posible ubicar los orígenes del sistema colectivo brasileño en los estudios académicos realizados en Italia hacia fines de la década del sesenta²²⁵. La fuerte influencia de la tradición jurídica romano-canónica sobre este sistema puede advertirse en el hecho que el primer y fundamental paso dado en pos de la implementación de la tutela diferenciada fue establecer –en normas positivas– ciertos derechos sustantivos y atribuirlos a determinados grupos. Como explica Gidi, los operadores jurídicos brasileños asumieron que si el sistema legal no reconocía específicamente tales derechos, el proceso colectivo no tenía razón de ser, ya que configuraría un instrumento procesal sin objeto que proteger²²⁶.

En este orden, la Constitución Brasileña y diversas leyes sustantivas dictadas en las décadas de 1980 y 1990 crearon las abstracciones necesarias para permitir la implementación de un sistema procesal de tutela colectiva. Entre dichas normas se destaca especialmente el art. 81 del Código de Defensa del Consumidor (CDC), el cual colocó un título legal a los derechos de grupo (derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos).

Al respecto Zanetti Jr. sostiene que *“Los juristas brasileños fundaron los estudios preliminares sobre derechos difusos no en los autores del common law americano, donde está vigente el modelo de las class actions más conocido del mundo, sino, principalmente, en la interpretación que los juristas Italianos de la década del setenta confirieron al Derecho norteamericano”*²²⁷.

Sobre esas premisas, no solo se “crearon” estos derechos colectivos sino que también los definieron en el cuerpo mismo de la ley. Según afirma Gidi, estas conceptualizaciones permitieron facilitar la aplica-

²²⁵ Cf. GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*, en The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N° 2 (Spring, 2003). Según el citado autor, este origen demuestra que las acciones colectivas brasileñas son una derivación indirecta del sistema de acciones de clase estadounidense (cf. GIDI, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo (2007), p. 17).

²²⁶ Cf. GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*, en The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N° 2 (Spring, 2003).

²²⁷ ZANETTI JR., H., *De la ley a la constitución. La positivización de los derechos difusos y colectivos en la Constitución brasileña*, en Revista Jurídica del Perú, Tomo 126 (agosto, 2011), pp. 65-81.

ción judicial de las nuevas reglas procesales y ayudaron a determinar el objeto del proceso colectivo²²⁸.

De acuerdo con el art. 81 del CDC tenemos:

- (i) *Derechos difusos*: aquellos transindividuales (desde la perspectiva subjetiva) e indivisibles (desde la perspectiva objetiva) que pertenecen a un grupo indeterminado de personas previamente vinculadas por una circunstancia de hecho o situación específica común. Podemos encontrar ejemplos de este tipo de derechos en aquellos que permiten enfrentar situaciones de publicidad engañosa, reclamar la recomposición del medio ambiente afectado por contaminación y aquellas situaciones de vulneración del patrimonio histórico, artístico y/o cultural, entre otros.
- (ii) *Derechos colectivos stricto sensu*: también transindividuales e indivisibles, pero pertenecientes a un grupo más específico de personas que se encuentran relacionadas entre sí o con la contraparte por una relación jurídica base. Ejemplos de ello pueden encontrarse en situaciones de afectación de derechos por cierto acto jurídico o conducta, pública o privada, de consecuencias indivisibles sobre un grupo cuyos integrantes pueden determinarse (cierto grupo étnico, personas privadas de su libertad en determinado establecimiento penitenciario, personas con determinada discapacidad, entre otros).
- (iii) *Derechos individuales homogéneos*: si bien son derechos individuales y divisibles, comparten un origen común. Aquí no hay propiamente derechos colectivos sino una sumatoria de derechos individuales que, atento su similitud, habilitan un enjuiciamiento concentrado. Entre los ejemplos que ilustran este tipo de derechos se encuentran los vinculados con cuestiones tributarias y contractuales de adhesión en general, entre otros. Según Rodrigues Wambier el reconocimiento legal de este tipo de derechos fue “la mayor de las innovaciones de las últimas dos décadas” en el sistema jurídico brasileño²²⁹.

La diferencia más importante, por sus consecuencias procesales y efectos prácticos, se presenta entre estos últimos y las dos primeras categorías. Para explicar esa diferencia cabe echar mano a la tradicio-

²²⁸ Cf. GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, UNAM, México (2004), p. 50.

²²⁹ RODRIGUES WAMBIER, L., *Liquidação da sentença civil*, 4ª edición, Ed. Revista dos Tribunais, p. 257.

nal definición de Barbosa Moreira, según la cual los difusos y colectivos *stricto sensu* son “derechos esencialmente colectivos”, mientras que los individuales homogéneos son “derechos accidentalmente colectivos”²³⁰.

La influencia de la tradición de *civil law* se trasladó del modelo brasileño al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (en adelante “CMPC” o “Código Modelo”), redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en su versión definitiva por dicha Institución en el año 2004²³¹.

Según se explica en su Exposición de Motivos, el objetivo del proyecto fue redactar *“un Código que pudiese servir no solo como receptor de principios, sino también como modelo concreto para inspirar las reformas, de modo de tornar más homogénea la defensa de los intereses y derechos transindividuales en países de cultura jurídica común. El Código –como su propia denominación dice– debe ser tan solo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo”*.

Allí, sin embargo, el modelo de categorización fue simplificado en comparación con el brasileño. En este sentido, su art. 1 estableció como “ámbito de aplicación de la acción colectiva” solo dos categorías de derechos: difusos e individuales homogéneos: “Art 1º. - *Ámbito de aplicación de la acción colectiva - La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:*

I.- Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho

²³⁰ BARBOSA MOREIRA, J. C., *Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*, en *Temas de Direito Processual*, 3 série (1984), p. 193.

²³¹ Asimismo, se destaca allí que *“El modelo aprobado se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existe en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas existentes, de modo de llegar a una propuesta que pueda ser útil para todos. Evidentemente, se analizaron la sistemática norteamericana de las class actions y la brasileña de las acciones colectivas, pero la propuesta ahora presentada se aparta en diversos puntos de los dos modelos, para crear un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos. Todo esto fue tenido en cuenta para la preparación del Proyecto, que acabó, por eso mismo, perdiendo las características de modelo nacional, para adquirir efectivamente las de un verdadero sistema iberoamericano de procesos colectivos, celoso de las normas constitucionales y legales ya existentes en los diversos países que componen nuestra comunidad”* (apartado 5).

o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

II.- Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”.

Puede advertirse cómo el CMPC puso el foco en el carácter divisible o indivisible del derecho en discusión (o, más bien, del tipo de solución que puede obtenerse del sistema de justicia) y eliminó la doble categoría de situaciones indivisibles prevista en el CDC brasileño.

1.2.2. Tradición del common law: enfoque en conflictos

En los Estados Unidos, por el contrario, el sistema establecido en la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 (FRCP 23) que una acción de clase puede ser iniciada cuando, además de encontrarse reunidos ciertos prerequisites, es posible subsumir el conflicto en alguna de las situaciones previstas en las subdivisiones (b)(1), (b)(2) y (b)(3) de dicha norma. Similar enfoque fue adoptado por los sistemas de acciones de clase implementados en distintas provincias de Canadá²³².

En el contexto del sistema estadounidense, al cual tomaremos como ejemplo, el objeto y la admisibilidad de una pretensión colectiva se configuran por la presencia de determinada situación de hecho o de derecho coyuntural y ponderable en cada caso. Gidi señala que se trata de “tipos” o “categorías” de acciones colectivas, pero como esta concepción no es de uso común en la doctrina procesal estadounidense, resulta adecuado denominarlas “hipótesis de cabimiento”²³³.

Si en línea de principio puede considerarse al pragmatismo como una nota diferencial del proceso judicial estadounidense²³⁴, las *class*

²³² En general sobre el tema en dicha jurisdicción consultar WALKER, J.; WATSON, G. D.; BRASIL, L.; EIZENGA, M. A.; HAYLEY, R. H.; JONES, C. E.; KALAJDZIC, J.; KLEEFELD, J. C.; PICHÉ, C.; POLTAK, C. y ROSENBERG, H. M., *Class Actions in Canada: Cases, Notes and Materials*, Emond Montgomery Publications (2013), Capítulo 2.

²³³ GIDI, A., *Las acciones Colectivas en Estados Unidos*, en GIDI, A., y FERRER MAC-GREGOR, E., (coordinadores) *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, Ed. Porrúa, México (2003).

²³⁴ Pragmatismo que, junto con otras notas distintivas, lleva incluso a calificarlo como único en comparación con otros países tributarios de la misma tradición jurídica [sobre el argumento puede verse CHASE, O. G., *American ‘Exceptionalism’ and Comparative Procedure*, 50. Am. J. Comp. L. 277 (2002); MARCUS, R. L., *Putting*

actions configuran tal vez el escenario donde esta característica puede observarse en su mayor esplendor²³⁵.

El principal reflejo de la influencia de la tradición del *common law* en este aspecto puede verse en el hecho que los redactores de la FRCP 23 (así como todos sus antecesores) evitaron introducir especies o categorías abstractas de intereses o derechos subjetivos para ser tutelados (como hicieron sus pares brasileños), estableciendo en cambio ciertas posibles situaciones conflictivas frente a las cuales el sistema considera razonable poner a disposición de los afectados el instrumental colectivo para propender a su desactivación. Veamos cuáles son:

- (i) En la FRCP 23(b)(1) se encuentran presentes dos subtipos de situaciones conflictivas individualizada, ambas en estrecha correlación con hipótesis que pueden considerarse como de litis-consorcio necesario.

La primera de ellas se presenta cuando la promoción de distintas acciones individuales por parte de los integrantes de la clase (o contra ellos) puede derivar en el riesgo de generar decisiones inconsistentes o conflictivas frente a los miembros del grupo o el establecimiento de modelos de conducta incompatibles para la contraparte (b)(1)(A). Entre este tipo de acciones se cuentan por ejemplo aquellas que pretenden obtener la declaración de nulidad de un acto administrativo de alcance general.

La segunda, en cambio, se presenta cuando el riesgo resultante de la multiplicación de acciones individuales sea el de producir decisiones frente a los integrantes de la clase que pudieran en la práctica perjudicar los intereses de los otros miembros, o bien impedir o disminuir sustancialmente su capacidad de protegerlos (b)(1)(B). El típico ejemplo de esta acción de clase tiene un objetivo similar al procedimiento de concursos y quiebras: impedir que quienes lleguen primero puedan cobrar la totalidad de su crédito desplazando a los demás. Por eso se la denomina “acción de clase por fondo limitado” (*limited fund class action*).

- (ii) En la sección (b)(2) se prevé el supuesto en que la contraparte ha actuado o se ha negado a hacerlo sobre bases generalmente apli-

American Procedure Exceptionalism into a Globalized Context, 53 Am. J. Comp. L. 709 (2005).

²³⁵ Señalando algunas derivaciones concretas de este tipo de enfoque, GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N° 2 (Spring, 2003).

cables a toda la clase, por lo cual la solución del conflicto finca en principio en la obtención de una sentencia declarativa o una orden de hacer o no hacer por parte del tribunal (*injunctions*). Usualmente son utilizadas en la defensa de derechos constitucionales (especialmente en causas contra conductas discriminatorias), aunque han sido empleadas también en otros campos.

- (iii) Finalmente encontramos regulada en el apartado (b)(3) la situación conflictiva que mayores discusiones ha generado en la doctrina, configurada por aquellos casos donde las cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión que afecte a los miembros individualmente, y la tutela colectiva se erige como una técnica superior a otros métodos disponibles para el justo y eficiente juzgamiento del conflicto. Este tipo de acción reviste una característica predominantemente indemnizatoria, es conocida comúnmente como *class action for damages* o *common question class action*, y asume un carácter residual en relación con los tipos anteriormente analizados.

La principal diferencia que presenta esta última situación con las otras tres ya mencionadas es que la tutela colectiva no se impone por la indivisibilidad de la situación conflictiva ni por la necesidad de dar solución uniforme a la controversia, sino por simple conveniencia práctica y razones de economía procesal. De ahí que deba demostrarse también que la acción intentada se presenta como una técnica superior a los demás métodos disponibles para la resolución del conflicto.

Este breve análisis nos permite comprobar que el objeto del proceso colectivo se configura allí por situaciones de hecho o de derecho, coyunturales y valorables en cada caso particular. De este modo, se evitan enunciaciones dogmáticas de derechos como forma de definir apriorísticamente la admisibilidad de la tutela colectiva, poniendo en cambio el énfasis en el aspecto pragmático y teleológico del instrumento procesal.

1.3. El conflicto colectivo como elemento justificante de la tutela diferenciada

En este trabajo asumimos como premisa justificante de la tutela colectiva la existencia de un conflicto colectivo como algo diferente del conflicto individual. Esta toma de posición tiene como fundamen-

to (y ventaja) el hecho de permitir dos cosas que entendemos muy importantes.

La primera de ellas es la posibilidad de justificar racionalmente la necesidad de contar con un mecanismo de debate diferente del proceso tradicional que permita desactivar el conflicto colectivo respetando las garantías judiciales de todos los sujetos involucrados y optimizando los recursos disponibles en el sistema de justicia, evitando discusiones sobre esencias y naturalezas jurídicas que poco aportan para comprender la problemática que nuestras sociedades están enfrentando en el campo de la administración de justicia.

La segunda es abordar el fenómeno de la tutela procesal colectiva desde una perspectiva orgánica y de sistema, evitando enfoques sectoriales determinados por la materia de fondo involucrada (enfoques muy comunes entre los países tributarios de la tradición jurídica romano-canónica)²³⁶.

Estos conflictos colectivos a que nos referimos son un fenómeno extraprocesal que configuran con independencia del tipo de derecho sustantivo vulnerado y reúnen, cuanto menos, cinco características que permiten diferenciarlos del conflicto individual, a saber:

- (i) *Elevado número de sujetos afectados*: la presencia de un elevado número de personas afectadas es central ya que solo debería acudir a la tutela colectiva de manera excepcional como señalamos. Si el asunto puede atenderse por otros cauces, por ejemplo mediante un litisconsorcio, el conflicto debería tramitar por los cauces tradicionales. Este recaudo configura uno de los prerrequisitos exigidos por la FRCP 23 (denominado *numerosity*)²³⁷.
- (ii) *Posición similar de los sujetos afectados frente al agente dañoso*: en segundo lugar el conflicto colectivo puede identificarse por la circunstancia de que todos los sujetos afectados se encuentran en una posición similar frente al eventual demandado, sea por compartir una determinada situación de hecho o de derecho entre ellos, o bien por hacer lo propio con la contraparte.

²³⁶ TARUFFO, M., *Some remarks on group litigation in comparative perspective*, 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 405.

²³⁷ Según Fiss y Bronsteen, solo la presencia de un gran número de sujetos afectados es demostrativa de un daño social de suficiente magnitud como para justificar el tipo de representación excepcional que caracteriza a las *class actions* (FISS, O., y BRONSTEEN, J., *The Class Action Rule*, Notre Dame L. Rev. Vol 78:5, p. 1423).

Esto también es fundamental porque genera una comunión de intereses entre aquel número relevante de individuos, sin importar si la vulneración recae sobre bienes individuales o colectivos. Esto, a su turno, permite juzgar concentradamente el asunto y obtener una solución común para todos.

(iii) *Trascendencia social, económica y/o política de su discusión y resolución en sede judicial*: una tercera nota presente en este tipo de conflictos puede identificarse en la trascendencia social, económica y/o política que encierra su eventual discusión y resolución en sede judicial, con la consecuente necesidad de generar un debate mucho más amplio que aquel que exige la resolución de un conflicto individual²³⁸. Sucede que la confluencia de muchos sujetos involucrados en el conflicto pone en jaque la tradicional noción de “caso judicial”, dando paso a la noción de “caso judicial colectivo” y provocando con ello el dictado de decisiones que asumen características cuasi administrativas o cuasi legislativas²³⁹.

Se trata de conflictos cuya desactivación en sede judicial implica definir el destino de importantes recursos públicos, habilitar el acceso al diálogo democrático de grupos históricamente relegados, y provocar efectos prácticos similares a la derogación de leyes formales de los cuerpos legislativos. Por todo ello, el temor de politizar la justicia aflora con todas sus fuerzas frente a este fenómeno, lo que en principio no ocurre (o al menos no es igualmente percibido de ese modo) en el marco de conflictos individuales²⁴⁰.

²³⁸ Ver UCIN, C., *El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos*, RDP 2009-1, p. 353 (donde se refiere a las dificultades que afloran con motivo del contenido plural de las cuestiones ventiladas en este tipo de procesos y sus raíces estructurales, lo cual impone un tratamiento inclusivo y dialógico tanto de los posibles afectados cuanto de los otros órganos de gobierno).

²³⁹ Como sostiene Damaška, la discusión en sede judicial sobre aspectos de interés público involucra a los tribunales en actividades administrativas de supervisión e incluso en el ejercicio de “mini legislation” (DAMAŠKA, M. R., *The faces of justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven and London (1986), p. 237).

²⁴⁰ Este temor es destacado por Damaška como una característica presente con mayor fuerza en los esquemas de distribución de poder de tipo jerárquico (como la gran mayoría de los Estados que conforman la región Latinoamericana) que en aquellos signados por una distribución de tipo horizontal (como el estadounidense) (ver DAMAŠKA, M. R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven and London (1986), nota N° 33, p. 117).

- (iv) *Mayor exigencia de tratamiento unitario*: una cuarta característica tiene que ver con la mayor presión que estos conflictos generan sobre el sistema de administración de justicia a efectos de obtener de este una respuesta única para todos los sujetos afectados. Como veremos más adelante al abordar las ventajas que aparejan los procesos colectivos, aun cuando la posibilidad de sentencias contradictorias ante un mismo hecho lesivo es una realidad inherente al sistema federal y a la división del trabajo de los tribunales por territorio y función (entre otros factores, que se suman a los principios que gobiernan el proceso civil), dicho fenómeno provoca serios cuestionamientos cuando es analizado a la luz del derecho de igualdad.

La existencia de un conflicto colectivo, donde numerosas personas se encuentran en situación similar ante el demandado, refuerza esos cuestionamientos y opera ejerciendo mayor presión sobre el sistema para obtener una solución común del asunto. Más aun en aquellos casos donde el objeto de la pretensión colectiva es indivisible, la solución unitaria del conflicto se torna exigible también para evitar que el demandado tenga que enfrentarse con órdenes contradictorias. Nada de esto sucede en los conflictos individuales.

- (v) *Externalidades económicas indeseadas que se derivan del no tratamiento colectivo*: finalmente, pero no por ello menos importante, los conflictos colectivos pueden ser identificados por las externalidades económicas de tipo negativo que provoca su discusión atomizada ante la justicia por iniciativa de cada uno de los sujetos afectados. Es que la multiplicación de conflictos individuales similares puede ser la causa de un conflicto colectivo.

Si pensamos en términos de *naturalezas jurídicas*, rápidamente se podría objetar que ello no resulta posible ya que el elemento cuantitativo no puede modificar las cualidades del objeto. Sin embargo, si pensamos el fenómeno en términos pragmáticos y lo enfocamos desde el funcionamiento concreto del servicio de justicia, encontraremos razones más que suficientes para justificar la afirmación efectuada.

Sucede que a la luz del derecho de acceso a la justicia y en el marco de la autonomía individual garantizada por el ordenamiento convencional y por las distintas constituciones nacionales de los países de la región, es perfectamente válido que cada uno de los sujetos afectados ante determinado hecho u omisión promueva una demanda con el objeto de solucionar su conflicto. El asunto es que si analizamos esta posibilidad –reitero: perfecta-

mente válida— desde el enfoque propuesto, el elemento cuantitativo puede efectivamente derivar en problemas cualitativos, ya que el sistema de justicia deberá afectar enormes cantidades de recursos humanos y materiales para juzgar las mismas cuestiones frente a los mismos demandados.

Y ello no solo resulta disvalioso en sí mismo, sino que además (teniendo en cuenta que los recursos son por regla insuficientes) puede provocar el colapso de los tribunales y la consecuente afectación del trámite de otras causas que allí se litiguen²⁴¹.

1.4. Opciones procesales para la discusión de conflictos colectivos en sede judicial: necesario redimensionamiento del método de debate

En términos muy generales, puede afirmarse que en el marco de una sociedad democrática, el proceso judicial es un instrumento para solucionar conflictos. Instrumento que opera por medio de un método de debate con adecuadas garantías para todos los sujetos involucrados, y finaliza con una sentencia dictada por un órgano del Estado que resuelve el asunto con autoridad de cosa juzgada. Todo esto, desde ya, en el marco de estándares convencionales y constitucionales que determinan el alcance y significado de tales garantías.

Lo dicho implica asumir algunas premisas fundamentales para el análisis y estudio de los modelos y procedimientos de tutela colectiva de tipo representativo, a saber: (i) que el proceso, en cuanto instrumento, es un medio; (ii) que como todo medio solo puede valorarse y justificarse racionalmente en orden a su finalidad; y (iii) que esa finalidad, a su turno, debería servir de norte para diagramar las características que aquél debe reunir.

²⁴¹ Ver GIANNINI, L. J., *Fundamentos de la tutela colectiva de los derechos (con particular referencia a los individuales homogéneos)*, ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza (septiembre de 2005). El autor apunta entre sus conclusiones que *“Pretender que resulta más adecuado continuar con la reparación de estos menoscabos masivos a través de reclamos aislados parece notoriamente irrazonable, porque lleva a dos consecuencias posibles, igualmente antifuncionales (la primera por ineficiencia en el esquema de enjuiciamiento, la segunda, por ineficacia del mismo como instrumento garantizador de los derechos sustanciales): O se produce un colapso en el sistema, por la multiplicidad de los reclamos por una misma cuestión (...); O se garantiza la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas consumadas (con el consecuente estímulo que toda gratuita irresponsabilidad genera para el futuro), debido a las ya explicadas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en casos como el mencionado”*.

En este orden, podemos afirmar que solo resulta razonable exigir el establecimiento de vías procesales novedosas y específicas en materia colectiva si se logra identificar la noción de *conflicto colectivo* como algo suficientemente distinto de la de *conflicto individual*. La tutela diferenciada en este campo del derecho solo puede justificarse en la medida que se oriente a resolver conflictos caracterizados por rasgos tales que no puedan ser atendidos eficientemente por las vías ordinarias.

Utilizamos la noción “tutela procesal diferenciada” para aludir a un mecanismo de debate autónomo, de cierta complejidad, empleado a fin de promover una pretensión principal, y que se aparta notoriamente en varios aspectos del proceso tradicional²⁴². Como explica Berizonce, la vigencia en nuestra región del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva “*impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico funcionales y procesales, verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuadas para la salvaguarda de los derechos, y a los jueces el deber de prestar su protección en los casos concretos*”²⁴³. Es por ello que consideramos que este tipo de tutela no es una opción de política legislativa, sino una verdadera necesidad impuesta por el rango convencional y constitucional del señalado derecho a una tutela judicial efectiva.

En la evolución histórica de esta necesidad de mecanismos diferenciados de defensa judicial de derechos es posible advertir cómo a la tradicional tutela privilegiada de la propiedad mediante procesos especiales tales como los interdictos, acciones posesorias y sumarias, pueden sumarse ahora “*en función de las nuevas escalas valorativas, la protección diferenciada de los derechos del trabajo y la seguridad social, y de aquellos personalísimos (a la intimidad, a la dignidad, a la salud, a la no discriminación, a la exclusión de la violencia familiar, a la calidad de vida en general, etc.); tanto como las situaciones subjetivas de ciertas categorías de personas desventajadas (niños, mujeres, ancianos, discapacitados) y aún, la de los derechos de los consumidores y usuarios, los vinculados con el medio ambiente, el patrimonio*

²⁴² Ver algunas de estas notas en PEYRANO, J. W., *¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?*, RDP 2008-II, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 21-34.

²⁴³ Cf. BERIZONCE, R. O., *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*, RDP 2008-II, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 39.

cultural y artístico común, los que generan las pequeñas causas, los que derivan de la 'coexistencialidad' en general"²⁴⁴.

Desde esta perspectiva de análisis, el punto neurálgico de la cuestión es que no parece posible –al menos en principio– brindar una solución orgánica y de conjunto a los conflictos colectivos partiendo de la modificación de una estructura procesal que nació para atender problemas de otras características y proporciones.

La necesidad de una tutela diferenciada en este campo viene impuesta por las complejidades involucradas en la mayoría de los conflictos colectivos, o bien –cuando se trata de “casos fáciles” desde el punto de vista jurídico– por la trascendencia social, económica y política que conlleva su resolución y decisión en sede judicial, así como por las dificultades que supone lograr la implementación oportuna, efectiva y eficiente de las decisiones recaídas en tales asuntos (tal como veremos sobre el final de este trabajo).

Ocurre que en cualquiera de estos supuestos, las vías tradicionales de discusión se muestran insuficientes para abordar la problemática, ya que en el primer supuesto resultará necesario contar con una mayor amplitud probatoria y de debate (pensemos en casos de contaminación ambiental, cartelización de industrias, o daños masivos por productos elaborados, entre otros), mientras que en el segundo será indispensable, cuanto menos, ampliar el debate para permitir la participación de quienes se verán afectados por la cosa juzgada de la sentencia (conflictos que impliquen la afectación de derechos políticos y sociales de algún grupo, intervención de distintos grupos con intereses encontrados, entre otros), así como contar con herramientas para lograr su implementación.

El desarrollo de un debate adecuado y acorde con los intereses implicados y con el número de personas que se verán afectadas por la decisión a tomar impone la necesidad de contar con un escenario orgánico y procesal donde el conflicto pueda ser ventilado sin ápices formales y a través de mecanismos que aseguren algún grado de participación a quienes resultarán afectados por el decisorio. Esta participación no debería limitarse a la tradicional posibilidad de introducir argumentos, defensas o pruebas. También debería significar que los

²⁴⁴ Cf. BERIZONCE, R. O., *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*, RDP 2008-II, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 44.

elementos relevantes aportados sean expresamente valorados para la resolución del conflicto²⁴⁵.

Al mismo tiempo, como parte del método de debate este tipo de conflictos exige la instrumentación de herramientas tales como audiencias públicas, *Amicus Curiae* o análisis de incidencia. Más aun, es posible observar cómo muchos de estos conflictos obligan a repensar el sentido y razón de ser de la discusión, rompiendo con la lógica bilateral de vencedores y vencidos. Esto obedece a sus características policéntricas, de escala y muchas veces estructurales, todo lo cual profundiza la necesidad de entender al espacio judicial como una instancia para provocar otro tipo de diálogo y prácticas institucionales.

Sobre este aspecto el CMPC establece en su art. 4 que *“Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código son admisibles todas las acciones aptas para propiciar su adecuada y efectiva tutela”*. De ese modo, el menú de posibilidades resulta lo suficientemente abierto y amplio como para permitir a los operadores (especialmente al juez de la causa) escoger el campo donde habrá de desarrollarse la discusión.

II. PANORAMA GENERAL DE LA REGULACIÓN EN ARGENTINA, BRASIL, CHILE, COLOMBIA Y MÉXICO

Antes de avanzar sobre las finalidades de los procesos colectivos, en este capítulo presentaremos una reseña de la regulación de los procesos colectivos en algunos países de la región latinoamericana. La selección de estos cinco países obedece al hecho de ser los que mayor grado de evolución presentan en la materia, tanto a nivel legislativo como en sus prácticas judiciales.

a. Argentina

La República Argentina es un país federal cuyo Estado central coexiste con 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual

²⁴⁵ Benedetti y Sáenz han desarrollado en Argentina una investigación muy interesante sobre las audiencias públicas celebradas por la CSJN a fin de constatar la apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia a través su utilización. El resultado es elocuente: casi absoluta discrecionalidad en el uso de esa herramienta, subutilización, obliteración de voces y asimetría de trato como elementos definitorios (BENEDETTI, M. Á., y SÁENZ, M. J., *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016).

tiene un status particular reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Los poderes del gobierno federal son solo aquellos que han sido delegados por las provincias. El sistema político supone que todo poder no expresamente delegado queda en manos de estas últimas.

En materia de administración de justicia debemos tener en cuenta que el artículo 5 de la Constitución Nacional Argentina (CNA) establece, como condición para el reconocimiento de la autonomía de las provincias argentinas, la obligación de organizar su propio sistema de justicia. Esta obligación incluye las pertinentes regulaciones orgánicas y procesales, así como el consiguiente poder para sancionarlas, ya que se trata de un poder no delegado al gobierno federal (sin embargo, como veremos más adelante, la CSJN ha reconocido la constitucionalidad de normas procesales dictadas por el gobierno federal para regir en la órbita provincial bajo ciertas condiciones).

En lo que hace a la tutela procesal colectiva de derechos, no es posible encontrar en el orden federal argentino un mecanismo procesal comprensivo para enfrentar conflictos que involucran grandes grupos de personas²⁴⁶. Lo mismo sucede a nivel local, aun cuando diversas provincias han avanzado en algunos aspectos dignos de ser tenidos en cuenta²⁴⁷. La falta de un mecanismo procesal adecuado a nivel federal es particularmente problemática debido a dos hechos provocados por la reforma constitucional de 1994: (i) el reconocimiento constitucional de ciertos derechos subjetivos colectivos denominados “derechos de incidencia colectiva”; y (ii) el reconocimiento constitucional de la legitimación de ciertos actores sociales para promover acciones en defensa de tales derechos.

²⁴⁶ Para una explicación del problema, ver OTEIZA, E., *La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ‘ampare’*, en OTEIZA, E., (Coordinador) *Procesos Colectivos*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2006). Para una reseña de algunos de los precedentes más importantes en materia de tutela procesal colectiva en Argentina y una discusión más profunda acerca de los problemas ocasionados por la ausencia de medios procesales adecuados, particularmente después de la reforma constitucional de 1994, ver GIANNINI, L. J., *La Tutela Colectiva de Derechos Individuales Homogéneos*, Librería Editora Platense, La Plata (2007); SALGADO, J. M., *La corte y la construcción del caso colectivo*, L. L. 2007-D, 787; SALGADO, J. M. *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Bs. As. (2011); VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2007).

²⁴⁷ Hay diversas leyes locales que regulan mecanismos procesales colectivos en las provincias argentinas. Sin embargo, ninguna de ellas provee un sistema coherente y comprensivo para enfrentar conflictos masivos.

En lo que hace a la primera cuestión (reconocimiento de derechos colectivos en el texto constitucional), cabe destacar que los arts. 41 y 42 CNA configuran el asiento fundamental de la tutela del medio ambiente y de consumidores y usuarios, respectivamente. El art. 41 CNA reconoce el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, a un desarrollo sustentable y a la recomposición del daño ambiental, estableciendo al mismo tiempo el deber de preservarlo.

Esta previsión constitucional también dispone que las autoridades tienen el deber de proteger este derecho y de velar por la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y el acceso a la información y educación ambiental. Además, el art. 41 CNA acuerda poder a la Nación para dictar normas de presupuestos mínimos, dejando en manos de las provincias la potestad de dictar las normas complementarias que fueran necesarias. Por último, prohíbe el ingreso al país de residuos peligrosos y radioactivos.

En cuanto al campo del consumo de bienes y servicios, el art. 42 CNA reconoce el derecho de usuarios y consumidores a un trato equitativo y digno, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, al acceso a una información adecuada y veraz, y a la libertad de elección. Asimismo, al igual que el art. 41, pone en cabeza de las autoridades ciertos deberes entre los cuales se cuentan el de proveer a la protección de estos derechos, brindar educación para el consumo, defender la competencia, garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos y permitir la constitución de asociaciones integradas por consumidores y usuarios.

En el mismo orden, el art. 42 CNA establece que la legislación deberá determinar procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, así como también los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional (debiendo prever la necesaria participación en los organismos de control tanto de las asociaciones de consumidores como de las provincias interesadas).

El art. 43 CNA se refiere también a los “derechos de incidencia colectiva en general”, y en esa categoría pueden ser consideradas –además del consumo y el medio ambiente– materias tales como derechos fundamentales de personas privadas de su libertad, personas con discapacidad, poblaciones originarias, ancianos, niños y adolescentes, entre otros.

Con respecto a la segunda cuestión a que hicimos referencia (reconocimiento constitucional de la legitimación para promover acciones en defensa de derechos colectivos) tenemos que el art. 43 CNA habilitó al “afectado”, al Defensor del Pueblo de la Nación y a ciertas organizaciones intermedias para defender en sede judicial los derechos de grupos de personas *“contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”*.

A ello se suma el art. 86 CNA, el cual incorporó en la Carta Magna la figura del Defensor del Pueblo de la Nación y dispuso que dicha figura *“tiene legitimación procesal”*. Finalmente, vale mencionar el art. 120 CNA, referido al Ministerio Público de la Nación, por cuanto confiere a este autonomía funcional y autarquía financiera, creando así las condiciones de posibilidad necesarias para que el organismo pueda asumir un rol relevante en este campo.

Vale destacar que la reforma constitucional de 1994 optó por un tipo de proceso que es similar al regulado por las acciones de clase estadounidenses y por el sistema brasileño. En efecto, entre las distintas alternativas que podrían utilizarse para defender en un solo litigio la situación de grandes grupos de personas, la CNA eligió un modelo de tipo representativo. Las normas que contienen algún tipo de referencia colectiva como los desarrollos jurisprudenciales ulteriores, pareciesen consolidar un esquema procesal al estilo de la Regla 23 estadounidense, pero sustentado en un enfoque de derechos subjetivos colectivos al modo brasileño.

Las únicas regulaciones federales disponibles en la actualidad para tratar conflictos en clave colectiva son la Ley General del Ambiente N° 25.675 (LGA) y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (LDC). Ambas normas fueron sancionadas por el Congreso de la Nación y pueden ser caracterizadas como leyes “de fondo” por regular mayormente derechos sustantivos. A pesar de tal caracterización, en las dos podemos encontrar ciertas disposiciones procesales aisladas que resultan aplicables, en principio, a casos que involucran conflictos colectivos en esas áreas particulares del derecho.

En este punto es importante aclarar que si bien el poder de promulgar regulaciones procesales es reservado y exclusivo de las provincias argentinas (por no haber sido delegado a la Nación, tal como señalamos al inicio de este apartado), la CSJN ha reconocido el poder del gobierno federal para dictar normas de esta naturaleza que deben ser

aplicadas en las provincias cuando tales normas son consideradas indispensables a fin de garantizar el respeto de los derechos subjetivos en cuestión²⁴⁸.

La República Argentina también carece a nivel federal de fueros judiciales especializados en materia ambiental o de consumo²⁴⁹. Los conflictos que involucran asuntos ambientales son ventilados, por lo general aunque no exclusivamente, en los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo. En cuanto a los casos de consumo, su discusión se desarrolla principalmente en la jurisdicción comercial a la par de otros asuntos correspondientes a esta amplia área del derecho.

Sin perjuicio de estas tendencias, lo cierto es que la elección del fuero donde promover la acción dependerá de las reglas de competencia tradicionales. Por tanto, puede ocurrir perfectamente que un caso de consumo deba ser promovido en sede contencioso administrativa por encontrarse demandado el Estado nacional (por ejemplo, cuando se solicita la restitución de algún tributo federal percibido sobre un cargo que forma parte de la factura de un servicio público domiciliario);

²⁴⁸ CSJN en *Correa c/ Barros*, sentencia del año 1923, *Fallos* 138:154. Ver también MERCADER, A. A., *Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento*, Ed. Jurídica Argentina, Buenos Aires (1939). El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que comenzó a regir en agosto de 2015, sancionado por el Congreso Nacional y de aplicación en todo el territorio, contiene una gran cantidad de normas procesales.

²⁴⁹ En materia ambiental solo pueden encontrarse a nivel federal y en algunas provincias ciertas fiscalías ambientales en el área penal. La primera Fiscalía Ambiental de la República Argentina fue creada por la Resolución de la Procuración general del Tesoro de la Nación N° 123/06 y se denomina Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental, iniciando su trabajo en abril de 2007 y contando con enlaces en las distintas provincias del país. En materia de consumo, vale señalar que en septiembre del año 2014 fue sancionada la Ley N° 26.993 que estableció la "Justicia Nacional de las Relaciones de Consumo". La norma creó un fuero especial conformado por ocho Juzgados de Primera Instancia y una Cámara de Apelaciones de seis miembros. La competencia de este fuero, sin embargo, está limitada a pretensiones con un valor máximo de cincuenta y cinco salarios mínimos vitales y móviles (poco más de veinte mil dólares). Además, el proceso se rige por un trámite de conocimiento abreviado, eminentemente oral, con limitaciones defensivas, probatorias y recursivas, plazos acotados y concentración de actos procesales. Entendemos que no fue pensado para enfrentar conflictos colectivos, lo cual se desprende del monto aludido como límite de competencia y de la falta de normas específicas en materia de tutela colectiva (al margen de alguna aislada previsión referida a legitimación activa, cuyo ámbito de aplicación no termina de vislumbrarse). La vigencia de esta ley, además, se encuentra suspendida por una medida cautelar dictada en el marco de un conflicto judicial que encuentra causa en una disputa de competencias entre el Estado Nacional y la Ciudad de Buenos Aires.

o bien que un caso ambiental sea promovido en sede civil por dirigirse la demanda solamente contra una empresa privada.

La descripción general del estado de situación en Argentina en materia de procesos colectivos exige prestar especial atención a la sentencia dictada por la CSJN a comienzos del 2009 en el caso *Halabi*²⁵⁰. Si bien se trata de un caso de consumo, lo cierto es que la CSJN delineó allí por primera vez, y con cierta pretensión de generalidad que ha permitido su aplicación analógica al campo ambiental y a otros derechos también, los caracteres de la “*acción colectiva en tutela de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos*”.

Este caso fue promovido por Ernesto Halabi, un abogado y usuario del servicio de telefonía móvil e Internet. Halabi interpuso una acción de amparo con el objeto de obtener una declaración de inconstitucionalidad de la ley nacional que permitía la observación y revisión de conversaciones telefónicas privadas sin previa orden judicial²⁵¹.

A la hora de resolver el caso, la mayoría de los jueces de la CSJN (cuatro a tres) afirmaron que en la República Argentina es “*perfectamente aceptable*” que los legitimados colectivos deduzcan en los términos del art. 43 CNA “*una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano*” (considerando 19º). Asimismo señalaron que, aun en ausencia de legislación, el art. 43 de la CNA es claramente operativo y debe ser hecho efectivo por los tribunales de justicia.

En igual orden de ideas, la CSJN anunció en esta sentencia cuáles son los requisitos constitucionales mínimos para obtener una decisión colectiva válida en términos de debido proceso legal. Luego de subrayar la ausencia de una regulación procesal adecuada en materia de acciones colectivas²⁵², la Corte formuló algunas observaciones a modo

²⁵⁰ CSJN *Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo Ley N° 16.986*, sentencia del 24/02/2009, *Fallos* 332:111.

²⁵¹ Ley N° 25.873 y Decreto N° 1563/04 (denominada por la prensa como “Ley Espía”). El asunto llegó a la CSJN con la cuestión de fondo ya resuelta. La Cámara de Apelaciones había confirmado la declaración de inconstitucionalidad de la ley dictada por el magistrado de primera instancia, y había extendido los efectos de la sentencia a todos los usuarios de empresas de telecomunicación que se encontraban en la misma situación que Halabi. Este alcance colectivo de la cosa juzgada de la sentencia fue la única cuestión que debía tratar la CSJN.

²⁵² Es ilustrativa la opinión brindada por el presidente de la CSJN en un libro publicado poco después del dictado de la decisión en *Halabi* con relación a las carencias

de guía para los operadores jurídicos y con el objetivo de proteger la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo en futuros procesos de esta naturaleza²⁵³.

Así, la CSJN sostuvo que la “admisión formal” de cualquier acción colectiva debe estar sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) tiene que haber una identificación precisa del grupo de personas que está siendo representado en el caso; (ii) el actor debe ser un representante adecuado; (iii) el reclamo tiene que enfocarse en cuestiones de hecho o de derecho comunes y homogéneas a toda la clase; (iv) debe haber un procedimiento apto para proporcionar notificaciones adecuadas a todos aquellos que puedan tener interés en la resolución del caso; (v) dicho procedimiento debe proveer a los miembros de la clase la oportunidad de intervenir en el proceso u optar por no hacerlo; y (vi) debe haber una adecuada publicidad de la acción para evitar dos problemas diferentes pero relacionados: de un lado, la multiplicidad o superposición de procesos colectivos con causas similares; del otro, el riesgo de opiniones diferentes o incompatibles sobre el mismo asunto.

Los últimos avances en la materia se han producido mediante regulaciones administrativas de la CSJN. Me refiero especialmente a las Acordadas de la CSJN N° 32/2014 –que crea y aprueba el reglamento del Registro Público de Procesos Colectivos, estableciendo una suerte de instancia de certificación del proceso colectivo– y la N° 12/2016 –por medio de la cual se aprobó un Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, regulando allí, entre otras cosas, los requisitos de la demanda colectiva y ciertas cuestiones de competencia por prevención y acumulación de procesos–. Estas dos reglamentaciones se suman a anteriores Acordadas de la CSJN sobre *Amicus Curiae*, audiencias públicas, tratamiento prioritario de asuntos de interés institucional y la creación de una unidad de análisis económico para medir el impacto de las decisiones a dictar.

b. Brasil

En Brasil los procesos colectivos y las acciones de clase se encuentran reconocidos en el artículo 5° de la Constitución Federal de 1988

de la LDC en materia procesal colectiva. Ver LORENZETTI, R., *Justicia colectiva*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2010), pp. 275-276 (sosteniendo que la LDC establece una “acción colectiva”, pero de una “manera muy insuficiente teniendo en cuenta el abundante material comparativo omitido por el legislador”).

²⁵³ Considerando 20° de la opinión de la mayoría.

que se inserta en el Título I “De los derechos y garantías fundamentales”, Capítulo I “De los derechos y deberes individuales y colectivos” de la misma. El inciso LXX expresa que *“El mandato de seguridad colectiva puede ser interpuesto por: a) partido político con representación en el Congreso Nacional; b) organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida en funcionamiento desde por lo menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados”*.

Seguidamente, el inciso LXXIII dispone que *“cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular que busque anular un acto lesivo al patrimonio público o de entidad en la que el Estado participe, la moralidad administrativa, el medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo mala fe comprobada, exento de costas y honorarios judiciales”*.

Sin perjuicio de lo indicado en el artículo 5º, existen otros artículos constitucionales que también tratan la cuestión a través de los sujetos legitimados para instar procesos colectivos o acciones de clase. Un ejemplo de ello es el artículo 129º, relativo a las funciones del Ministerio Público, en cuyo inciso III se establece que deberá *“promover (...) la acción civil pública, para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos”*.

En idéntico sentido, el artículo 134º establece que *“La Defensoría Pública es institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole, como expresión e instrumento del régimen democrático, fundamentalmente, la orientación jurídica, la promoción de los derechos humanos y la defensa, en todos los grados, judicial y extrajudicial, de los derechos individuales y colectivos, de forma integral y gratuita, a los necesitados, en la forma del inciso LXXIV del artículo 5º de esta Constitución Federal”* (redacción dada por la Enmienda Constitucional N° 80 de 2014).

Por fuera de la Constitución Federal y su mandato de seguridad colectivo, el bloque legislativo brasileño regula varias formas de tutela colectiva de derechos, a saber: (i) Acción popular, Ley N° 4.717/1965; (ii) Acción civil pública (LACP), Ley N° 7.347/1985; y (iii) Acción civil colectiva, Código de Defensa del Consumidor (CDC) Ley N° 8.078/1990. Es de destacar que la Ley de Acción Popular precede a la Constitución Federal ya que data de 1965. Dicha norma regula una acción a través de la cual cualquier ciudadano, en defensa de in-

tereses de la colectividad pero en nombre propio, podrá participar de la vida política del Estado y la fiscalización de la gestión del patrimonio público en un juicio. La doctrina aconseja su lectura en conjunto con el inciso LXXIII del art. 5º de la Constitución Federal²⁵⁴.

En términos generales, la legislación brasileña prevé un sistema de legitimación activa amplia ya que podrán interponer este tipo de acciones el afectado y sus sucesores, las asociaciones civiles y distintas instituciones estatales (v. gr. Estados, Municipios, Distrito Federal, entidades u órganos de la Administración Pública, el Ministerio Público, entre otros) de conformidad con los arts. 5 -LXX-, 129 y 134 de la Constitución Federal, 82 del CDC y 5 de la LACP. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que ninguna de las normas señaladas prevé mecanismos para proceder al análisis de la representatividad adecuada de quien pretenda invocar la defensa de un determinado grupo o clase.

En lo que respecta a notificaciones, tampoco existe normativa relevante, salvo el art. 94 del CDC que expresamente indica que *“propuesta la acción, será publicado un anuncio en el órgano oficial, a fin de que los interesados puedan intervenir en el proceso como litisconsortes, sin perjuicio de la amplia divulgación por los medios de comunicación social por parte de los órganos de defensa del consumidor”*.

La LACP protege con su entramado normativo los derechos difusos y colectivos, rigiéndose por sus normas aquellas acciones de responsabilidad por daños morales y patrimoniales causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, por infracción al orden económico, al orden urbanístico, a la honra y a la dignidad de grupos raciales, étnicos o religiosos, al patrimonio público y social y cualquier otro interés difuso o colectivo (arts. 1º LACP y 90 CDC). Por su parte, el

²⁵⁴ En general sobre el sistema brasileño ver ARENHART, S. C., *A tutela coletiva de interesses individuais*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2013); ARENHART, S. C., *O processo coletivo no direito brasileiro atual*, en OTEIZA, E., (Coordinador) *Processos Coletivos. Class Actions*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2012), pp. 479-486; DIDIER JR., F., y ZANETTI JR., H., *Curso de direito processual civil*, 9ª edición, Tomo 4 Processo Coletivo, Editora Jus Podivm, Salvador Bahía (2014); GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for civil law countries*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, Nº 2 (Spring, 2003), pp. 311-408; GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, UNAM, México, 2004; SCARPINELLA BUENO, C., *Curso sistematizado de direito processual civil*, 2ª edición, Tomo 2 Direito Processual Público e Direito Processual Coletivo, Ed. Saravia, San Pablo (2012); PELLEGRINI GRINOVER, A.; BENJAMIN, A. H.; ARRUDA ALVIM WAMBIER, T., y VIGORITI, V. (Organizadores) *Processo coletivo. Do surgimento à atualidade*, Revista dos Tribunais, San Pablo (2014).

CDC protege los derechos individuales homogéneos a través de la acción civil colectiva (arts. 81, 91 y concordantes).

En materia de competencia, la LACP establece un sistema de competencia territorial absoluta a favor de los jueces locales del lugar donde se haya producido el daño o donde deba producirse (art. 2). En oposición a ello, el CDC dispone un sistema de competencia territorial relativa por medio del cual determina que la competencia está en cabeza de la justicia federal (regla general) salvo la competencia de la justicia local para daños de alcance local (art. 93, inc. I CDC) o el foro de la Capital del Estado o del Distrito para los daños de alcance nacional o regional (art. 93, inc. II). Por su parte, el CDC, en sus arts. 97 y 98, establece también pautas de competencia para la liquidación y ejecución de sentencias colectivas.

El bloque normativo en su conjunto dispone diversas normas destinadas a dejar sin efecto las barreras económicas que pudieran frenar cualquier tipo de acción colectiva. Así vemos cómo el art. 5 inciso LXXIII de la Constitución Federal regula la exención de costas judiciales y condena de costas para los legitimados que interpongan acción popular. En línea similar, se prohíbe el adelanto de honorarios periciales y demás costos y costas en los arts. 87 del CDC y 18 de la LACP. Ambas normas, además, eximen de costas y gastos judiciales a las asociaciones civiles, salvo actuación de mala fe.

En los procesos colectivos que involucran intereses difusos o colectivos, el sistema de cosa juzgada es *secundum eventum litis*: según el resultado obtenido, la decisión obligará o no a los miembros del grupo. Cuando la cosa juzgada es favorable al grupo, alcanza a todos los miembros ausentes, pero ante una sentencia desfavorable, se mantienen vivos los derechos individuales de tales personas (arts. 16 LACP y 103 CDC).

De esta forma, si la sentencia resuelve contra el grupo, no podrá iniciarse una nueva acción colectiva por el mismo derecho, pero los miembros podrán reclamar individualmente su pretensión. Se exceptúa de esta regla a aquellos casos en los que la pretensión colectiva es desestimada por falta de pruebas, ya que en tales supuestos queda habilitada la vía para iniciar una acción colectiva posterior con sustento en nuevas pruebas.

En el caso de los procesos colectivos por derechos individuales homogéneos (reconocidos por la doctrina local como “acción colectiva

parcial” e incluso como algo muy similar las *issue class actions* del sistema federal estadounidense), si la acción tiene éxito, beneficiará a todos pero si es rechazada, exigirá determinar si el miembro del grupo intervino como litisconsorte en la acción colectiva. En caso afirmativo, queda atrapado por la sentencia negativa; si no intervino, queda en libertad para promover su acción individual.

Por último, puede destacarse que la LACP establece un principio de prevención a favor del juez ante quien se haya interpuesto la primera acción (art. 2, párrafo único) regula como “título ejecutivo extrajudicial” aquellos convenios o acuerdos celebrados ante órganos públicos competentes en los que los interesados se hayan comprometido a adecuar su conducta a la legislación (art. 5).

c. Chile

En el caso de Chile los procesos colectivos y los derechos colectivos o difusos no se encuentran mencionados en ninguna cláusula de la Constitución Política de la República de 1980 (Dto. Supremo N° 1150/1980 publicado en el Diario Oficial del 24 de octubre de dicho año) conforme su texto refundido y actualizado por el Decreto N° 100 publicado en fecha 22 de septiembre de 2005 (última modificación por Ley N° 20.870 de fecha 16 de noviembre de 2015).

La regulación de los procesos colectivos está dada a nivel reglamentario por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores N° 19.946/1997 (LPDC) desde su reforma por la Ley N° 19.955 de fecha 14 de julio de 2004. Esta última incorporó la tutela de derechos colectivos y difusos en su art. 50. Su aplicabilidad se encuentra ceñida al campo del consumo y es condición indispensable, a los efectos de determinar indemnizaciones o reparaciones, la acreditación de un daño y de un vínculo contractual que una al infractor y a los consumidores afectados.

El art. 50 LPDC dispone que son de interés *colectivo* las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual; mientras que resultan de *interés difuso* las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos. Asimismo se establece que, a los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual.

La categoría de derechos individuales homogéneos no se encuentra expresamente regulada en la LPDC, sino solamente las acciones de *interés individual*. Estas son definidas como aquellas que “*se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado*” (art. 50 LPDC). Sin perjuicio de ello, existe doctrina que, rechazando cualquier tesis normativista, entiende que su falta de reconocimiento legislativo no es una condición *sine qua non* para su existencia y defensa judicial.

En esa línea se entiende que la amplísima definición legal del interés colectivo es el principal argumento a favor de la existencia de esta categoría. Una interpretación armónica y sistémica de la ley ha llevado a sostener que la ley otorga legitimación para promover acciones colectivas y difusas a las asociaciones de consumidores y grupos de cuanto menos cincuenta consumidores, y que la previsión de poder solicitar la exclusión de los efectos de la sentencia (art. 53 LPDC) lleva a considerar que los intereses individuales homogéneos pueden reclamarse a través de los instrumentos regulados en la norma²⁵⁵.

En términos generales, la legislación chilena prevé un sistema de legitimación activa restringida si se lo compara con los sistemas de otros países (Brasil, Argentina, entre otros) ya que no admite que un particular afectado pueda por sí solo instar este tipo de acciones, como así tampoco el Ministerio Público. Conforme el art. 51 inciso 1º, se encuentran legitimados el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), las asociaciones de consumidores (también previsto en el art. 8 inc. “e”), y “*un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados*” (inciso “c”).

En lo que respecta a notificaciones, existen normas que determinan distintos mecanismos de notificación o publicidad de los actos procesales. Entre ellas tenemos: (i) el art. 51 inciso 7º del LPDC referido al procurador común, según el cual el juez tiene la facultad de disponer una forma de notificación diferente en aquellos casos que el número de afectados permita asegurar el conocimiento de todos y cada uno de ellos por otro medio distinto a los avisos; (ii) el art. 53 LPDC, que para ciertas circunstancias procesales particulares establece que “*e/*

²⁵⁵ OVALLE FAVELA, J., *Legitimación en las acciones colectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, núm. 158 (septiembre-diciembre de 2015), pp. 1057-1092; GONZÁLEZ CUBATE, N., *La tutela de derechos individuales homogéneos en el procedimiento colectivo de la Ley N° 19.496*, Universidad Austral de Chile.

juez ordenará al demandante que, dentro de décimo día, informe a los consumidores que puedan considerarse afectados por la conducta del proveedor demandado, mediante la publicación de un aviso en un medio de circulación nacional y en el sitio Web del Servicio Nacional del Consumidor, para que comparezcan a hacerse parte o hagan reserva de sus derecho”; (iii) los arts. 53 y 54 LPDC, que determinan que contenidos deberán tener los avisos; y (iv) el art. 54° A LPDC, que dispone la obligación del funcionario judicial de que tales avisos contengan un “texto (que) sea claro y comprensible para los interesados”.

En este mismo cuerpo normativo se prevé la posibilidad de que el juez solicite la designación de un “procurador común” para los legitimados activos que intervengan en el proceso (recordemos que si quieren iniciarlo consumidores afectados necesitan al menos cincuenta personas), e incluso pautas para la regulación de honorarios (art. 51 inc. 7° LPDC). También se regula el requisito de la representatividad adecuada, otorgando al juez la facultad de revocar el mandato –de oficio o a pedido de parte– por resolución fundada cuando la representación del interés colectivo o difuso no sea adecuada para proteger eficazmente los intereses de los consumidores o cuando exista otro motivo que justifique su revocación (art. 51° inciso 7° último párrafo, LPDC).

Asimismo, dentro de la legislación comentada existen reglas relativas a la prescripción (art. 51 inciso 6° LPDC), la imposibilidad de iniciar acciones individuales cuando se decida intervenir en los procesos colectivos y un procedimiento para la “certificación” de la acción (art. 52 LPDC, conforme reforma por Ley N° 20.543 de fecha 21/10/2011) donde se establece que –previo a dar trámite a la demanda– el juez deberá examinar y verificar la concurrencia de diversos elementos definidos taxativamente como ser la legitimación activa de quien acciona (conf. los sujetos definidos en el art. 51 LPDC) y que la demanda contenga una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifiquen razonablemente la afectación de un interés colectivo o difuso (conforme los define el art. 50 LPDC). Se dispone en este sentido que la resolución que certifica la acción solo puede ser impugnada por vía de los recursos de reposición y apelación con efecto devolutivo, estando vedado el recurso de casación.

La misma norma señalada expresa que, declarada inadmisibles la demanda colectiva, la acción respectiva solo podrá deducirse individualmente salvo el derecho a iniciar nueva acción colectiva con fundamento en nuevos antecedentes (art. 52 LPDC). Asimismo, si la

acción es admitida, se determina que ello deberá darse a conocer a los consumidores que puedan considerarse afectados –a través de la publicación de avisos cuyo contenido y modalidad ya está prefijado normativamente según señalamos– a fin de que los mismos puedan comparecer para hacerse parte (en cuyo caso quedan atrapados por la prohibición de iniciar acción contra el demandado por los mismos hechos, art. 52 LPDC), o bien para formalizar su reserva de derechos. El plazo para ejercer estos derechos es de veinte días. El efecto de la reserva de derechos es la inoponibilidad de los resultados del juicio colectivo (art. 53 incs. “f” y “g” LPDC).

Admitida y contestada la demanda, se establece la obligación de citar a las partes a una audiencia de conciliación (art. 52 LPDC). Seguidamente, la norma regula la acumulación de acciones (art. 53 LPDC), dispone conciliaciones (art. 51 LPDC), prevé la homologación de acuerdos e incluso pautas para la liquidación y ejecución de los daños (art. 54 C, G LPDC). Asimismo, se confiere al juez la facultad de determinar un plan de pagos cuando entienda que el demandado puede estar próximo a la insolvencia.

La legislación carece de previsiones especiales en materia de competencia jurisdiccional para procesos colectivos. Tampoco establece ninguna pauta o incentivo para la promoción de estas acciones, ya que omite regular de manera específica el tema de las costas y demás gastos judiciales.

Como regla general, la doctrina sostiene que la cosa juzgada de los procesos colectivos chilenos que involucran intereses difusos o colectivos es *secundum eventum litis*. Conforme ello, el efecto de la sentencia será obligatorio para todos (cosa juzgada *erga omnes* según el texto legal) con la señalada posibilidad de reserva de derechos –opción de excluirse– al ser notificado de la admisión del proceso según vimos, salvo que la sentencia hubiese sido absolutoria por ausencia o ineficiencia de pruebas. En este último supuesto y también de constatare “nuevas circunstancias”, podrá volverse a litigar el conflicto de manera colectiva (art. 54 LPDC)²⁵⁶.

²⁵⁶ Cf. AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., *La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección del consumidor*, Revista *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1 (2010), pp. 99-124 (la autora sostiene que la redacción de la norma no es clara, apuntando entre otras cosas que: “El problema que plantea la redacción de este artículo es la determinación del alcance de la expresión ‘nuevas circunstancias’. No resuelve el legislador si la expresión se refiere

d. Colombia

En Colombia los procesos colectivos se encuentran reconocidos en el artículo 88 de la Constitución Política de 1991, el cual se inserta en el Capítulo 4 “De la protección y aplicación de los derechos” y expresa que *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”*.

Sin perjuicio de esta norma, existen también otros artículos en la Constitución que reconocen los intereses o derechos colectivos así como mecanismos de tutela específicos. Entre ellos tenemos: (i) el art. 86 *in fine*, que trata sobre el amparo colectivo; (ii) el art. 89 sobre la obligación de la ley de propugnar a la protección de derechos individuales, de grupo o colectivos frente a la acción u omisión de las autoridades públicas; y (iii) el art. 277, que establece que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene como función defender los intereses colectivos y, en especial, el ambiente.

La regulación de los procesos colectivos se encuentra concentrada en la Ley N° 472 de 1998, la cual toma como base el apuntado art. 88 de la Constitución Política de Colombia en relación al ejercicio de las acciones populares, relativas al medio ambiente y los derechos fundamentales (engloban los intereses colectivos y difusos), y las acciones de grupo vinculadas a los daños masivos (comprenden los intereses individuales homogéneos)²⁵⁷.

a nuevas circunstancias de hecho o a nuevas pruebas que no se hayan rendido anteriormente ni tampoco a cómo se califica el hecho de encontrarnos efectivamente ante la existencia de circunstancias de esta naturaleza”).

²⁵⁷ En general sobre el sistema colombiano ver GUAYACÁN ORTIZ, J. C., *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, Revista de Derecho Privado N° 9 (2005), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 35-56; GUAYACÁN ORTIZ, J. C., *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2013).

El campo de aplicación de la *acción popular* está determinado en el art. 2 de la señalada ley, que las define como “*los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos*” que se “*ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible*”.

Para el caso de la *acción de grupo*, el art. 3 sostiene que “*son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*” y que se ejercen “*exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios*”.

La clasificación de los derechos e intereses colectivos está dada en el art. 4 de la norma bajo análisis. Dicho catálogo no es cerrado ya que se integra con los “*derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia*”.

Puede sostenerse que, en términos generales, la legislación colombiana regula un sistema de legitimación amplia que varía según la acción de que se trate. La acción popular tiene la legitimación más amplia de todas (art. 12 Ley N° 472/98), conforme la cual puede instar la acción cualquier persona natural o jurídica, asociaciones civiles o populares o de índole similar, entidades de contralor, personeros municipales o distritales y otras instituciones públicas como el Procurador, el Defensor del Pueblo, Alcaldes, entre otros. La acción de grupo tiene una legitimación casi similar, conforme la cual puede ser instada por las personas jurídicas o naturales siempre que hubieren sufrido un perjuicio individual, el Defensor del Pueblo, los personeros municipales y distritales (art. 48 Ley N° 472/98).

Por su parte, el art. 46 dispone –como requisito de procedencia– que la acción debe ser interpuesta por *un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas* (el texto en cursiva fue declarado constitucional por la Corte Constitucional).

Sin perjuicio de que el citado artículo establece también que “*el grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas*”, la Corte Constitucional –mediante Sentencia C-116 de 2008– sostuvo (sin de-

clararlo inconstitucional) que la legitimación activa en las acciones de grupo no requiere conformar un grupo de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del mismo actúe en su nombre siempre que establezca en la demanda los criterios que permitan identificar el grupo afectado.

La norma carece de una regulación expresa en materia de representatividad adecuada de los legitimados colectivos, por lo cual no existen pautas ni criterios para su apreciación. No obstante ello, el art. 56 prevé la posibilidad de que una persona alcanzada por una sentencia colectiva en un proceso en el cual no participó pueda desvincularse de los efectos de la misma cuando demuestre *“que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación”*.

Se destaca también que el art. 49 dispone para las acciones de grupo que, en caso de varios abogados interviniendo, deberá designarse un único apoderado legal que podrá ser quien mayor números de afectados represente o, en su defecto, el que determine un comité *ad hoc*.

En otro orden, pero vinculado con el anterior instituto, encontramos que las notificaciones en las acciones populares están reguladas en el art. 21 de la ley. Allí se indica que *“A los miembros de la comunidad se les podrá informar a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios”*. Por su parte, para las acciones de grupo tenemos el art. 53 con la misma fórmula normativa.

La competencia se encuentra regulada en los arts. 15 y 50 de la ley. El primero de ellos refiere al ejercicio de acciones populares, estableciendo como regla la intervención de la jurisdicción ordinaria civil salvo que fueran incoadas contra actos del Estado o personas privadas que desempeñen funciones administrativas. De darse este último supuesto, será competente la jurisdicción contencioso administrativa. El segundo artículo refiere a las acciones de grupo y establece la misma regla y excepción.

En lo relativo a las costas, el art. 38 dispone que el juez debe aplicar las normas del procedimiento civil pero solo podrá condenar al demandante a pagar los honorarios, gastos y costos cuando la acción presentada hubiese sido temeraria o de mala fe. Sumado a ello, existen otras disposiciones en la materia como el art. 19, relativo al *“amparo de pobreza”* a favor del Defensor del Pueblo o sus delegados,

según el cual los costos de los peritajes estarán a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y solo serán reintegrados en caso de condena favorable al grupo.

En principio, tanto en las acciones de grupo como en las acciones populares la regla de la cosa juzgada es *pro et contra*. De acuerdo con este sistema, la sentencia tiene efecto sobre los miembros presentes y ausentes con independencia de su resultado (arts. 35 y 66). Se establece como opción el derecho de optar por excluirse del proceso (*opt out*) en acciones de grupo (art. 66). En las acciones populares, sin embargo, la Corte Constitucional estableció –mediante Sentencia C-622 de 2007– que el art. 35 debe ser entendido en el sentido de que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen cosa juzgada para las partes y el público en general “*salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior*”.

Se regula para las acciones populares el denominado “pacto de cumplimiento” (art. 27), que se puede dar en el marco de una audiencia especial a la que cita el juez luego de vencido el término para contestar la demanda. En esa audiencia también interviene el Ministerio Público. La Corte Constitucional –mediante Sentencia C-215 de 1999– declaró constitucional este artículo, entendiendo que la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento hace cosa juzgada salvo que se presenten hechos nuevos y causas distintas a las alegadas en el respectivo proceso, o bien informaciones de carácter técnico que no fueron apreciadas por el juez y las partes al momento de celebrarse dicho pacto.

Por su parte, para las acciones de grupo se regulan las “diligencias de conciliación” (art. 61). Estas son convocadas por el juez con el propósito de lograr un acuerdo entre las partes, el cual constará por escrito. En cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar al juez la celebración de una nueva diligencia a efectos de conciliar sus intereses y poner fin al proceso. En la diligencia podrá participar el Defensor del Pueblo o su delegado, pero si el Defensor hubiese presentado la demanda, dicha función corresponderá al Procurador General de la Nación. El acuerdo entre las partes se asimila a una sentencia y tiene los efectos que para ella se establecen (art. 66).

Las sentencias son líquidas en las acciones de grupo, pero en las acciones populares se trata de un sistema de sentencia de condena genérica que debe liquidarse por vía incidental (art. 34), tal como sucede en los sistemas argentino, brasileño y chileno.

La norma establece también un “Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos” (art. 70), cuya gestión está a cargo del Defensor del Pueblo (art. 72) y que tiene entre sus principales finalidades financiar la presentación de acciones populares o de grupo. Por último, se destacan también las sanciones conminatorias que pueden imponerse en el contexto del “incidente de desacato” (art. 41), el cual se configura en las acciones populares cuando se impone una obligación de hacer y el accionado no cumple.

e. México

Los procesos colectivos se regularon originariamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por medio de la reforma que se realizó sobre el texto de 1917. Se trata de la reforma número 191, plasmada en el Decreto publicado en el Diario de la Federación el 29 de julio de 2010 y por medio del cual se introdujo en el artículo 17 el siguiente párrafo *“El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”*.

Tiempo después se generó la reforma legal con el Decreto publicado en el DOF el 30 de agosto de 2011, mediante el cual se modificaron el Código Federal de Procedimientos Civil, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

Sin perjuicio de ello, la doctrina señala que el primer antecedente histórico en materia de regulación de procesos colectivos se encuentra en la Ley Federal de Protección al Consumidor de 1975²⁵⁸ (LFPC), en cuyo art. 59 fracciones II y III, se preveía que la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) tenía entre sus atribuciones la de representar colectivamente a los consumidores (previo mandato) cuando se advirtiera una afectación a los intereses de ese colectivo. De esta forma la PROFECO podía deducir, por ejemplo, acciones de nulidad por cláusulas abusivas en contratos de adhesión (art. 63 LFPC).

²⁵⁸ CRUZ ESPINOZA, A., *Las acciones colectivas en México*, en GONZÁLEZ CASTILLO, L., y MORALES MURILLO, J. (Coordinadores) *Acciones Colectivas. Reflexiones desde la judicatura*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal de la Escuela Judicial, Ed. Escuela Judicial, 2013, p. 135.

En esta misma línea, y como segundo antecedente también previo a la reforma constitucional, puede citarse el artículo 200 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente de 1988, introducido por una reforma legislativa publicada en el DOF del 13 de diciembre de 1996. Dicho artículo expresa que *“Las leyes de las entidades federativas establecerán el procedimiento para la atención de la denuncia popular cuando se trate de actos, hechos u omisiones que produzcan o puedan producir desequilibrios ecológicos o daños al ambiente, por violaciones a la legislación local ambiental”*.

No puede dejar de señalarse que si bien la acción popular no es propiamente una acción colectiva, sirve como antecedente a la misma. Se trata de una instancia en la que cualquier persona puede denunciar y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) puede investigar, emitir un dictamen e, incluso, recomendaciones (aunque no vinculantes).

Más allá de estos antecedentes, de los fundamentos de las reformas constitucional y legal operadas en México durante los años 2010 y 2011, respectivamente, se desprende que los procesos colectivos se regularon al reconocerse una real falta de acceso a la justicia en virtud de que los mecanismos existentes hasta aquel entonces estaban diseñados sobre una visión liberal e individualista, con mecanismos que privilegiaban la actuación individual sobre la colectiva.

Posteriormente, otras reformas constitucionales a los arts. 1 en materia de derechos humanos, 103 fracción I y 107 fracción I, sirvieron para aclarar la existencia del amparo colectivo dentro del régimen mexicano siempre que quien lo inste sea *“titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo”*. Luego, con la Reforma al Código de Procedimientos Civiles, el art. 24 del CPC sobre competencia dispone que por razones de territorio es tribunal competente *“El del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales, colectivas o del estado civil”* (inciso IV).

Sumado a ello, el párrafo tercero del art. 1 establece que *“Se exceptúan de lo señalado en los párrafos anteriores, cuando el derecho o interés de que se trate sea difuso, colectivo o individual de incidencia colectiva. En estos casos, se podrá ejercitar en forma colectiva, en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto de este Código”*.

Si bien la regulación de estos procesos se encuentra dispersa en varias normas del ordenamiento jurídico, encontramos en el Libro

Quinto del CPC, titulado “De las acciones colectivas” (arts. 578 a 625), la columna vertebral de la regulación en la materia.

La protección de los derechos e intereses colectivos se debe ejercer ante los Tribunales de la Federación y, en principio, solamente resulta admisible en materia de consumo de bienes y servicios públicos o privados y medio ambiente (art. 578 CPC). En relación con tales materias, la acción colectiva es procedente tanto para la tutela de derechos colectivos como para el ejercicio de pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a miembros de un grupo (art. 579 CPC).

La definición de los derechos e intereses difusos y colectivos e individuales de incidencia colectiva está en el art. 580 CPC, el cual expresa que *“En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar: I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes. II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho”*.

Consecuentemente, se regulan tres tipos de acciones colectivas: la difusa, la colectiva en sentido estricto y la individual homogénea. Dichas acciones pueden tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena (arts. 581 y 582 CPC). Las mismas prescriben a los tres años y seis meses a contar desde el día en que se causó el daño. Si se trata de un daño continuado, el plazo se computa desde el último día en que se haya generado el daño causante de la afectación (art. 584).

El sistema de legitimación activa es relativamente amplio ya que podrán interponer este tipo de acciones la PROFECO, la PROFEPA, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, la Comisión Federal de Competencia, el Procurador General de la República, asociaciones civiles constituidas al menos un año antes de promover la acción y el representante común de la colectividad (que deberá estar conformada por al menos treinta miembros, siguiendo en este sentido una línea similar a la del sistema chileno).

La representación adecuada se presume en los casos de órganos o entes estatales, pero en los casos de asociaciones y representante

común de la colectividad deberá ser demostrada de acuerdo con lo previsto en el art. 586 CPC. Esta norma dispone como estándares al efecto los siguientes: actuar con diligencia y buena fe, no encontrarse en situaciones de conflicto, no promover o haber promovido de manera reiterada acciones colectivas frívolas o temerarias, no promover acciones colectivas con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos y no haberse conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones colectivas previas según los términos del Código Civil Federal.

Asimismo, la señalada norma establece que la representación de la colectividad en juicio se considera “de interés público” y que el juez deberá “vigilar de oficio” que sea adecuada durante la substanciación del proceso. Se prevé un incidente de remoción y sustitución que suspende el juicio, un plazo para que los miembros del grupo –luego de notificados– se propongan en reemplazo o bien, ante ausencia de interesados, una vista a algún órgano u organismo que pueda suplir dicha representación en los términos del art. 585 CPC.

El representante adecuado es responsable frente al grupo por el ejercicio de su gestión, debiendo rendir cuentas a petición del juez en cualquier momento. Incluso se dispone que aquél pueda ser sancionado por el Consejo de la Judicatura Federal. Como reaseguro de esta fundamental garantía, el CPC prevé que después de dictada la sentencia, la parte que tome conocimiento acerca de la existencia de una “representación fraudulenta” podrá promover una apelación solicitando la nulidad de las actuaciones viciadas. A tal efecto, se encuentra legitimado incluso el representante designado por el juez (art. 609 CPC).

Por otra parte, el CPC regula el contenido de la demanda (art. 587), los requisitos de procedencia de la legitimación en la causa (art. 588) y las causales de improcedencia de la misma (art. 589). Igualmente, establece un procedimiento de certificación del cumplimiento de los requisitos de procedencia que, una vez terminado, da paso a que el juez provea si admite o desecha la demanda (art. 590). Si es admitida, se debe notificar en forma personal al representante legal y este tiene el deber de ratificar la demanda (art. 591).

Sobre las notificaciones, el CPC dispone en su art. 591 que *“El juez ordenará la notificación a la colectividad del inicio del ejercicio de la acción colectiva de que se trate, mediante los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y*

demás características de dicha colectividad. La notificación deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso”.

Por su parte, en lo que hace al contenido de dicho acto comunicacional y al resto de las notificaciones, el art. 593 expresa: *“La notificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código, contendrá una relación sucinta de los puntos esenciales de la acción colectiva respectiva, así como las características que permitan identificar a la colectividad. Las demás notificaciones a los miembros de la colectividad o grupo se realizarán por estrados. Salvo que de otra forma se encuentren previstas en este Título, las notificaciones a las partes se realizarán en los términos que establece este Código”.*

Sumado a ello, cuando los actores que representan al grupo son una asociación o un representante común, se les impone el deber de informar cada seis meses a la colectividad el estado actualizado de la causa a través de “medios idóneos” (art. 602 CPC).

Se prevé también la opción de incluirse y/o adherirse al proceso (*opt in*). En los casos de los procesos colectivos en sentido estricto o en los individuales homogéneos, deberá tratarse de individuos que tengan una afectación. Esta opción puede ejercerse durante la sustanciación del proceso y hasta los dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o bien un convenio judicial haya adquirido la calidad de cosa juzgada.

Quienes adhieran luego de que la sentencia o el convenio estén firmes, deberán probar el daño causado en un incidente respectivo y, liquidado que sea, el miembro tiene un año para obtener el cobro. Tratándose de una adhesión voluntaria, la exclusión posterior equivale a desistimiento de la acción colectiva e importa un impedimento para participar en un procedimiento colectivo derivado de o por los mismos hechos. En la misma línea, se dispone que en las acciones colectivas en sentido estricto y en las individuales homogéneas, solo tendrán derecho al cobro aquellas personas que integren la colectividad y prueben en el incidente de liquidación haber sufrido el daño causado (art. 594).

En otro orden, el CPC regula la obligación del juez de celebrar una audiencia previa y de conciliación, y también prevé que las partes puedan arribar a un acuerdo y solicitar su homologación posteriormente (art. 595).

Se establece sobre los jueces el deber de interpretar *“las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos”* (art. 583 CPC). En la misma línea, para mejor proveer, se admite que los jueces puedan valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio, siempre que tenga relación inmediata con los hechos controvertidos. Incluso se regula la figura del *Amicus Curiae* (art. 598 CPC). El juez puede valerse incluso de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado del avance de la ciencia a fin de resolver (art. 600 CPC).

Las sentencias se encuentran reguladas en los arts. 603 a 609 CPC. En las acciones difusas *“el juez solo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si esto fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas. Si no fuere posible lo anterior, el juez condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad”* y la cantidad resultante se destinará a un Fondo (art. 604 CPC).

Por su parte, las sentencias de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas podrán *“condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo”*. En dicha sentencia el juez deberá establecer los requisitos y plazos para que los miembros promuevan los incidentes de liquidación donde deberán probar el daño sufrido (art. 605 CPC).

Las medidas precautorias están reguladas en los arts. 610 a 611 CPC y los medios de apremio en el art. 612 CPC. La relación entre las acciones colectivas y las acciones individuales se encuentra establecida en los arts. 613 a 615 CPC. Las asociaciones están legisladas en los arts. 619 a 623 CPC. Los arts. 624 a 626 regulan un Fondo administrado por el Consejo de la Judicatura Federal, al cual se destinarán los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas y cuyo destino será el pago de los gastos derivados de los procesos colectivos (honorarios, notificaciones de sentencias, preparación de pruebas, fomento de la investigación, difusión de acciones y derechos, etc.).

Por otro lado, en sintonía con lo expuesto, los gastos y costas están regulados en los arts. 616 a 618 CPC. Sobre ellos vale destacar que no se establece ningún principio de gratuidad y que se distingue entre el representante legal y el común. La norma dispone que los gastos, costas y honorarios de la actora serán cubiertos en la forma en que lo determine el juez, buscando asegurar el pago correspondiente. En este sentido, dispone que (el) *“pago se hará con cargo al Fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título, cuando exista un interés social que lo justifique y hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita”*.

Finalmente, para adecuar las demás normas que integran el campo de aplicación de los procesos colectivos, se agregaron y modificaron disposiciones de otros cuerpos legales:

- (i) El art. 1934 bis del Código Civil Federal, el cual dispone que *“El que cause un daño de los previstos en este Capítulo a una colectividad o grupo de personas, estará obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles”*.
- (ii) El art. 38 de la Ley Federal de Competencia Económica, al cual se incorporaron los siguientes párrafos: *“Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta Ley. La autoridad judicial podrá solicitar la opinión de la Comisión en asuntos de su competencia. Las acciones a que se refiere el párrafo anterior podrán ejercerse de forma individual o colectiva, estas últimas en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles”*.
- (iii) El art. 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que quedó redactado de la siguiente manera: *“Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, la Procuraduría, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código”*.
- (iv) La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, adecuada para establecer que los jueces de distrito civiles federales serán competentes en el caso de las acciones colectivas a que se refiere el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles

- (art. 53), adaptándose también las funciones del Consejo de la Judicatura Federal (art. 81).
- (v) Al art. 202 de Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente se adicionó los párrafos: *“Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código. Lo anterior también será aplicable respecto de aquellos actos, hechos u omisiones que violenten la legislación ambiental de las entidades federativas”*;
- (vi) El art. 11 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, al que se le agregó la fracción *V bis*, estableciendo que la Comisión Nacional *“Ejercitará la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de usuarios”*. También se reformaron los arts. 91 y 92, los cuales quedaron respectivamente redactados de la siguiente manera: *“Los defensores, durante el tiempo que desempeñen dicho cargo, no podrán dedicarse al libre ejercicio de la profesión, salvo que se trate de actividades docentes. En caso de que un asunto represente, en cualquier forma, un conflicto de intereses para el defensor asignado por la Comisión Nacional, aquél deberá excusarse para hacerse cargo del mismo, y solicitar la asignación de otro defensor”* (art. 91) y *“Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad de Usuarios, la Comisión Nacional, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código”* (art. 92).

III. FINALIDADES Y VENTAJAS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

a. Acceso a la justicia

La garantía de debido proceso legal, pilar fundamental de todo sistema procesal de la región, comprende como premisa esencial el derecho de acceder al órgano jurisdiccional en procura de obtener una decisión fundada que dirima el conflicto en que los individuos

podieran verse envueltos. En tal orden de ideas, podemos referirnos al acceso a la justicia como un principio fundamental de todo sistema jurídico que establece la necesidad de que las personas (físicas y de existencia ideal) puedan ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado²⁵⁹.

Como no podía ser de otra manera, dicho principio evolucionó a la par de los cambios operados históricamente en el Estado. Así, el liberalismo de los siglos XVIII y XIX y la filosofía individualista por entonces prevaleciente determinaron que el Estado estructurase la prestación del servicio de justicia asumiendo una actitud pasiva frente a las dificultades u obstáculos que imposibilitan el ejercicio concreto del derecho de las personas a defender sus intereses en justicia. En esos términos, el derecho de acceso al sistema se reducía a un mero reconocimiento teórico. Al mismo tiempo, los bienes y valores que se protegían por entonces estaban asociados a cierta clase de derechos, primando lecturas esencialmente patrimonialistas.

Con el avance del constitucionalismo social y la correspondiente transformación de la idea acerca del alcance de los derechos humanos, el Estado comenzó a tomar una postura afirmativa tendiente a hacer accesible a todos los individuos aquello que antes solo era proclamado teóricamente. Entre tales proclamaciones se encontraba el derecho a un efectivo acceso a la justicia²⁶⁰.

La evolución apuntada puede apreciarse claramente en la jerarquización y positivización del principio, tanto en diversos ordenamientos locales como en el ámbito internacional. Especial mención le cabe en este sentido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 25 prevé que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”*.

²⁵⁹ CAPPELLETTI, M., y GARTH, B., *El acceso a la Justicia*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata (1983), Traducción de Samuel Amaral, p. 18.

²⁶⁰ Parte de esa transformación también tuvo por causa la visibilización del vínculo entre el costo de los derechos, el presupuesto como instrumento de gobierno y su condición de acuerdo político. En ese sentido, Holmes y Sunstein señalan que *“atender el costo de los derechos plantea una cantidad de cuestiones adicionales, no solo acerca de cuánto cuestan sino también sobre quién decide cómo asignar nuestros escasos recursos públicos para protegerlos y para quién”* (HOLMES, S., y SUNSTEIN, C. R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires (2012), p. 50).

Interpretando esta norma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el precepto reconoce un derecho a la tutela judicial efectiva, el cual puede traducirse como *“la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto”*²⁶¹.

Y en línea similar, Cançado Trindade se ha referido al derecho de acceso a la justicia *lato sensu* como algo que *“no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional [...] El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia [...] podemos aquí visualizar un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico [...] que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana”*²⁶².

Reconocido y afirmado el acceso a la justicia como un verdadero derecho en el contexto de nuestro instrumento internacional fundamental, cuya aplicación resulta obligatoria para todos los Estados miembros del sistema por conducto del control de convencionalidad, a fin de dimensionar la relevancia de los procesos colectivos como medio de garantizar su efectiva vigencia, resulta necesario identificar las barreras que encuentran los ciudadanos para poder ejercerlo²⁶³.

Estos obstáculos se encuentran estrechamente relacionados entre sí y se asientan en gran medida en problemáticas extraprocesales que socavan la formal igualdad de las partes en el proceso²⁶⁴.

En primer lugar, cabe señalar que existen fuertes barreras de índole económica. El uso de los tribunales de justicia para defender derechos solo resulta razonable en la medida que los potenciales bene-

²⁶¹ Informe de fecha 29/9/99, caso N° 10.194, *Narciso Palacios*, considerando N° 57°. Una muy completa sistematización de los estándares de la Comisión en materia de acceso a la justicia disponible acá: <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf> (última visita el 2/1/17).

²⁶² Corte IDH, *Caso López Álvarez v. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141, voto del Juez Cançado Trindade, párrs. 51 y 52.

²⁶³ CAPPELLETTI, M., y GARTH, B., *El acceso a la Justicia*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial, La Plata (1983), Traducción de Samuel Amaral, p. 23.

²⁶⁴ Ver SABA, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires (2016).

ficios excedan los costos del litigio²⁶⁵. Costos que resultan muy altos en toda la región y que actúan como un factor de disuasión concreto a la hora de tomar la decisión de plantear una pretensión en sede judicial.

Se trata de una realidad que se presenta en aquellos supuestos donde la pretensión individual alcanza un monto de cierta importancia y, claramente, se recrudece en los juicios de menor cuantía. En este último supuesto, generalmente los costos del proceso exceden el monto mismo del litigio o bien absorben su mayor parte y tornan prácticamente inútil la promoción de la demanda.

En este contexto resulta muy útil la clasificación que realizan Lindblom y Nordh respecto de pretensiones de condena por daños y perjuicios²⁶⁶. Dichos autores identifican tres tipos de pretensiones: las *individualmente recuperables*, las *individualmente no recuperables* y, finalmente, aquellas que denominan *no viables*.

El primer grupo se encuentra configurado por pretensiones que encierran una suma de dinero suficiente para obtener un beneficio económico neto en un litigio individual, mientras que las del segundo grupo se caracterizan porque los costos exceden el beneficio económico que pudiera obtenerse del éxito en un litigio de este tipo. Por último, las pretensiones *no viables* son aquellas que crearían una pérdida económica en caso de ser llevadas a la justicia, incluso cuando ello ocurra en clave colectiva.

En términos de acceso a la justicia, los procesos colectivos se presentan como un medio para resolver el problema de las pretensiones *individualmente no recuperables*²⁶⁷, ya que la sumatoria de reclamos

²⁶⁵ ALEXANDER, J., *An introduction to class action procedure in the United States* (disponible en <https://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>, última visita el 2/1/17).

²⁶⁶ LINDBLOM, P. H., y NORDH, R., *La Ley sueca de procedimientos de grupo*, en la obra GIDI, A., y FERRER MAC-GREGOR, E. (coordinadores) *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, Ed. Porrúa, México (2003), p. 96.

²⁶⁷ Este fue uno de los tres objetivos fundamentales de los procesos colectivos que se esgrimieron en el año 1996 para sugerir su establecimiento en el Reino Unido (LORD WOOLF, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, cap. 17, disponible en <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec4c.htm> (última visita el 2/1/17).

individuales en un mismo proceso podría generar un monto lo suficientemente elevado que amerite el planteo del caso en sede judicial.

Como nos recuerda Issacharof, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha dejado bien en claro que *“El objetivo que se encuentra en el corazón del mecanismo de acciones de clase es sobrellevar el problema de la falta de incentivos para promover una acción individual cuando las pretensiones son de escasa cuantía. Una acción de clase soluciona este problema al agregar las relativamente insignificantes potenciales pretensiones y convertirlas en algo que amerite el trabajo de alguien (usualmente, un abogado)”*²⁶⁸.

En el mismo orden de ideas, Taruffo señala que el acceso a la justicia fue la principal finalidad perseguida en los Estados Unidos al establecer el sistema de acciones de clase en el año 1938, ampliándose posteriormente esta visión de modo sustancial y progresivo para abarcar acciones orientadas al refuerzo de valores colectivos y a la modificación de conductas y regulaciones normativas indeseadas, tal como veremos más adelante²⁶⁹.

En segundo lugar, encontramos también barreras al acceso fundadas en características y situaciones particulares (personales, sociales y/o culturales) de las personas afectadas en sus derechos. Una de estas condiciones personales refiere a la situación económica de las partes. En íntima relación con lo dicho anteriormente respecto del costo del proceso, es dable apreciar que quien goza de una situación patrimonial holgada puede permitirse acudir a la justicia y asumir la demora en la tramitación del proceso, así como sus eventuales costos, sin mayores inconvenientes.

Además, y esto no es menor, los recursos económicos inciden directamente sobre la posibilidad de contratar un buen abogado y de realizar las erogaciones que requiere tanto una correcta instrucción preliminar del caso como la producción de los medios probatorios en el curso del proceso. Por ende, quien cuente con dinero suficiente contará también, al menos en principio, con mejores armas a la hora del debate.

²⁶⁸ ISSACHAROF, S., *Acciones de Clase y Autoridad Estatal*, RDP 2013-1 (el fallo de la Suprema Corte al cual se refiere es *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 613 (1997), citando a su turno *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 338, 344 (7th Cir. 2007).

²⁶⁹ Cf. TARUFFO, M., *Some remarks on group litigation in comparative perspective*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, N° 2, p. 405.

Otra de estas condiciones personales se encuentra en la asiduidad con que litigan las partes. Mientras algunas de ellas lo hacen solo ocasionalmente (la mayoría de los ciudadanos), otras se encuentran acostumbradas a ventilar regularmente sus asuntos en tribunales. Tales “litigantes habituales” cuentan con mayor experiencia y con diversas ventajas comparativas que se derivan de esta, las que también gravitan sobre la igualdad de las partes en el ejercicio de su derecho de acceso al sistema.

Entre estas ventajas comparativas se destacan la posibilidad de planificar los juicios, una mayor oportunidad de relacionarse con el personal judicial, el traslado de riesgos de la litigiosidad a mayor cantidad de pleitos, la disminución de la incidencia de los costos por utilizar en el resto de los casos el trabajo preparatorio llevado a cabo en la primera defensa, la posibilidad de contar con abogados fuertemente especializados con motivo de la relación de colaboración continua sobre temas similares, entre otras.

Todavía otro factor que influye en esta materia es la educación, el nivel social y el grado de acceso a la información que puedan tener aquellos grupos cuyos derechos sean vulnerados. Vastos sectores de nuestra región viven por debajo de la línea de pobreza. Tal circunstancia afecta directamente sus reales posibilidades, ya no solo de hacer valer sus derechos en justicia, sino de conocerlos y de percibir cuándo se presenta una afectación a los mismos. Estos grupos desaventajados difícilmente encontrarán solución a sus conflictos en el marco de un proceso individual.

Las mismas objeciones se replican con relación a distintos colectivos de personas que, en función de la situación estructural de sometimiento o condicionamiento en que se hallan inmersos, ven limitado severamente el ejercicio concreto de sus derechos (por ejemplo, los pueblos originarios, las personas con discapacidad o privadas de su libertad, las mujeres, niñas, niños y adolescentes, entre otros).

Los procesos colectivos resultan una herramienta de gran utilidad para superar, al menos en parte, las barreras culturales y sociales hasta aquí brevemente presentadas. Ello así en tanto permiten fortalecer la posición de la parte más débil en las relaciones de poder que caracterizan nuestra sociedad contemporánea, habilitando la posibilidad de proteger personas que ni siquiera saben que sus derechos fueron violentados o que, simplemente, no cuentan con la voluntad de iniciativa, el dinero, la independencia, o la organización necesaria para hacerlos valer en juicio.

El porqué de tal igualación puede encontrarse en la elevación del monto de la pretensión con motivo del aglutinamiento de las pretensiones individualmente no recuperables.

Este aumento en el monto del pleito actúa al menos en dos planos diferentes. Primero, genera un importante incentivo para los abogados, lo cual permite atraer juristas especializados y con experiencia en la materia que de otra forma no hubieran podido ser contratados. Segundo, el aumento del monto en disputa acuerda un gran poder de negociación para arribar a un acuerdo favorable a los intereses del grupo, alternativa impensada en el marco de la relación individual.

El consiguiente aumento en el poder de negociación obedece a diversos factores, entre los cuales cobra gran relevancia la necesidad de los demandados de disminuir el riesgo que implica una eventual condena y la influencia que este riesgo tiene en los mercados financieros²⁷⁰.

En este orden de ideas, sobrellevado el problema del respaldo económico para litigar y planteada la pretensión en clave colectiva, la igualdad de las partes se restablece y hasta puede llegar, en algunos casos, a inclinarse en favor del grupo afectado. La efectividad del proceso colectivo para superar estas situaciones de desigualdad que inciden sobre las posibilidades reales de acceso a la justicia es la razón más importante por la cual esta herramienta ha sido objeto de ataques constantes y sistemáticos por parte de los grupos económicos y los sectores políticos conservadores²⁷¹.

b. Economía procesal

Los procesos colectivos conllevan una gran ventaja de índole práctica, en tanto permiten lograr una mayor economía procesal en el sistema de justicia. Una verdadera economía de escala.

²⁷⁰ HENSLER, D. R., *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Actions and other Large Scale Litigation*, Duke Journal of Comparative & International Law, vol. 11, Nº 2, p. 179.

²⁷¹ Como ejemplo de esto cabe destacar lo sucedido en Estados Unidos, donde el lobby de ciertos sectores de poder logró establecer una prohibición para el uso de acciones de clase como medio de tutela de derechos de personas carentes de recursos (VERBIC, F., *Why is the Highway Closed? The Unreasonable Restriction Imposed on the Legal Services Corporation Regarding Class Action Suits*, Civil Procedure Review, v. 2, Nº 3: 181-201 (sept-dec., 2011), ISSN 2191-1339, www.civilprocedurereview.com; traducción al español VERBIC, F., *La irrazonable restricción que impide a programas financiados con fondos federales brindar asistencia jurídica gratuita mediante acciones de clase en los Estados Unidos de América*, Rubinzal Culzoni, RDP 2011-2).

Sucede que la posibilidad de sustituir una multiplicidad de acciones individuales repetitivas en tutela de numerosas situaciones personales donde predominan cuestiones comunes (sean de hecho o de derecho) por un proceso colectivo que resuelva tales asuntos de modo unitario, permite el ahorro de tiempo y dinero en beneficio de las partes involucradas en el conflicto y del erario público.

Asimismo, el tratamiento de la cuestión en clave colectiva produce un gran beneficio para la sociedad toda, ya que permite disminuir drásticamente las externalidades indeseadas que produce el tratamiento atomizado de conflictos generados por una vulneración masiva de derechos individuales.

En este sentido, los procesos colectivos logran dejar a un lado la necesidad de litigar en cada caso individual aquellas cuestiones que resultan comunes a toda la clase, grupo o sector afectado²⁷², permitiendo evitar para casos futuros un contradictorio que resultaría superfluo.

La relevancia de este tipo de mecanismos de tutela como medio de ahorro y optimización eficiente de recursos es central en los tiempos que corren. Tiempos en los cuales la asignación presupuestaria que se destina al sistema de administración de justicia está en constante disputa con otras áreas de política pública prioritarias y crecientes en nuestra región (producto de su exigibilidad y justiciabilidad en clave de derechos), tales como desarrollo y asistencia social, salud, educación, ciencia y tecnología, infraestructura y seguridad, entre otras.

Entendemos acertada la afirmación de que *“la eficiencia es un valor entre otros importante valores de la justicia, y no hay un orden pre-determinado que la coloque por sobre otros valores tales como la neutralidad, imparcialidad, precisión fáctica y normativa; accesibilidad, inteligibilidad, y legitimidad de los mecanismos de resolución de conflictos”*²⁷³. Sin embargo, también es cierto que el dinero que se destina a resolver conflictos por medio de nuestros tribunales es dinero que no se destina a aquellas otras áreas de gobierno.

²⁷² Cf. ALEXANDER, J., *An introduction to class action procedure in the United States* (disponible en <https://law.duke.edu/groupplit/papers/classactionalexander.pdf>) (última visita el 2/1/17).

²⁷³ GÉLINAS, F., y CAMION, C., *Efficiency and Values in the Constitution of Civil Procedure*, Int'l Journal of Procedural Law, Vol. 4, N° 2, (2014), pp. 202-216, 206.

Por tal motivo, teniendo presente que los recursos del erario público nunca son suficientes para atender todas las necesidades de la población y que el costo de obtención de una respuesta judicial es significativo, es evidente que debemos extremar esfuerzos por invertir el presupuesto del sistema de justicia de la manera más eficiente posible. La adecuada regulación y gestión de los procesos colectivos son instrumentos que claramente permiten avanzar en tal sentido.

c. Modificación de conductas: cambios históricos y reforma estructural

El proceso colectivo –al igual que el individual– permite aumentar la efectividad del derecho material en disputa de un modo directo, constituido por la posibilidad de hacer respetar ese derecho frente a su afectación o riesgo en un caso concreto.

Sin embargo, en el caso del proceso colectivo encontramos otra forma de mejorar la efectividad de los derechos, que puede calificarse como indirecta o preventiva, configurada por la disuasión de conductas colectivas antijurídicas mediante su efectiva punición²⁷⁴, tanto en el campo privado como en el público. Se trata de lo que en la doctrina estadounidense es denominado como *deterrence effect* (efecto disuasorio).

Desde esta perspectiva, que no desplaza a las dos finalidades y ventajas ya analizadas, los procesos colectivos se presentan ante la sociedad como una nueva alternativa de control y exigencia de rendición de cuentas del poder público y privado, que se suma a los instrumentos utilizados tradicionalmente para obtener este tipo de resultados. Entre estos instrumentos nos referimos principalmente a la aplicación de sanciones a través de procedimientos administrativos en ejercicio del poder de policía y a la promoción de acciones penales.

Sobre esta particular faceta del fenómeno que nos ocupa, Taruffo señala que muchas acciones colectivas son promovidas con el objetivo de obtener nuevas regulaciones legales o comportamientos acordes con determinados valores y estándares de conducta que se consideren preferibles para la protección de los sujetos involucrados o afectados colectivamente²⁷⁵.

²⁷⁴ Cf. GIDI, A., *Class actions in Brazil. A model for Civil Law countries*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, N° 2 (Spring, 2003).

²⁷⁵ TARUFFO, M., *Some remarks on group litigation in comparative perspective*, 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 405.

Para cumplir tal finalidad, estas pretensiones procesales usualmente se articulan con otras estrategias de incidencia política, tales como el monitoreo de políticas públicas sociales, la negociación, la movilización social y las campañas de opinión pública, entre otras²⁷⁶.

En este orden, cabe señalar que algunas investigaciones empíricas realizadas en los Estados Unidos han demostrado que las acciones de clase generan, por ejemplo en el campo del consumo, cambios en las prácticas comerciales de los demandados y hasta en la normativa de fondo²⁷⁷.

No difiere en ello la posibilidad de modificar conductas inconstitucionales colectivas o determinadas políticas públicas llevadas adelante por las autoridades estatales en alguna de sus esferas de actuación, aun cuando en estos casos muchas de las conductas que se consideran inconstitucionales no persiguen un ánimo de lucro (como sucede en el campo privado) sino que resultan más bien producto de prioridades establecidas en la agenda política de los gobiernos de turno, de algún descuido por parte de los órganos encargados de dictar las normas o bien de la inercia que sigue al señalamiento del problema por parte de la sociedad.

Como ejemplo paradigmático de la efectividad de los procesos colectivos en esta área, cabe recordar el renombrado caso *Brown v. Board of Education*, promovido en Estados Unidos a efectos de terminar con la segregación racial en las escuelas. Dicho conflicto fue llevado a los estrados judiciales como una acción de clase por Linda Brown en ejercicio de su propio derecho y en representación de todos los demás escolares negros víctimas de la discriminación o segregación racial.

La Suprema Corte estadounidense hizo lugar a la acción dejando de lado la doctrina denominada “separados pero iguales”, produciendo una revolución social que culminó en la integración de los niños de color en las escuelas estatales. Puede advertirse que la actora no venió solo al organismo estatal demandado, sino a una forma de hacer

²⁷⁶ Cf. ABRAMOVICH, V., *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, LexisNexis 0003/012631.

²⁷⁷ Cf. HENSLEY, D. R., *Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scale litigation*, 11 Duke J. of. Comp. & Int'l L. 179. El análisis llevado a cabo en este trabajo indica que en todos los casos de acciones de clase en el campo del consumo la litigación del conflicto fue asociada con cambios de este tipo.

política en detrimento del derecho a igual consideración y respeto llevada adelante por ese entonces en diversos Estados de aquel país²⁷⁸.

En nuestra región se destaca en esta línea el caso *Mendoza*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) en el año 2008. Se trata de un proceso colectivo ambiental iniciado en instancia originaria de dicho tribunal contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14 Municipios de la Provincia de Buenos Aires y 44 empresas radicadas en la zona.

En la sentencia de mérito la Corte condenó a la ACUMAR (un organismo tripartito creado a efectos de abordar el conflicto), al Estado Nacional, la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires a tomar diversas medidas con la finalidad de recomponer el medio ambiente y evitar que se produzcan mayores daños en el futuro. Según explicó la propia Corte, la condena y tales medidas son consideradas como parte de un *“mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados”* cuyo contenido específico fue diagramado por el propio tribunal en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente N° 25.675.

El contenido de este mandato fue estrictamente delimitado por la Corte, quien se ocupó de subrayar que su sentencia *“se orienta hacia el futuro”* y se circunscribe a fijar *“criterios generales”* para cumplir con el objeto de la pretensión. En este punto puede advertirse una consciente autorrestricción de parte de la CSJN, quien puso de manifiesto expresamente la necesidad de evitar un avance indebido sobre la esfera de actuación de los otros poderes del Estado. Es por ello que el mandato obligatorio dejó en manos de los demandados la elección de las acciones concretas que fueran necesarias para cumplir los objetivos allí trazados.

Los criterios generales fijados por la Corte fueron precisados como integrantes de un *“programa”* considerado como necesario para garantizar la eficacia en la implementación de la sentencia. Las principales características del contenido de dicho programa fueron resumidas por la CSJN en los siguientes términos: *“un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cum-*

²⁷⁸ Los casos *Brown I* donde se estableció la regla constitucional, y *Brown II* a través del cual se resolvió el modo de implementar la decisión, se encuentran publicados como 347 U.S. 483 (1954) y 349 U.S. 294 (1955), respectivamente.

plimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control”.

La Corte también tomó distintas medidas de cara a la ejecución de la sentencia, sobre las cuales volveremos al final de este trabajo. En primer lugar, delegó el proceso de ejecución de sentencia en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, al que también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento del programa. Esta delegación configura uno de los aspectos más novedosos del fallo. En segundo lugar, la CSJN estableció un sistema de monitoreo y control sobre la ejecución de la sentencia ejercido por un organismo público y por un comité ciudadano conformado por Organizaciones No Gubernamentales y coordinado por el Defensor del Pueblo de la Nación.

La magnitud del caso y el impacto del remedio estructural dispuesto por la CSJN pueden advertirse si tenemos presente que la Cuenca Matanza-Riachuelo tiene 64 km de largo y 35 km de ancho, alcanzando una superficie total de aproximadamente 2.250 km cuadrados. En esta región residen más de 5.000.000 de personas, lo cual representa aproximadamente un 13% de la población de toda la República Argentina. De ese número de personas, más de la mitad carece de acceso a un sistema de cloacas, una tercera parte carece de acceso a agua potable y 500.000 residen en asentamientos sumamente precarios sobre el margen del río.

De acuerdo con relevamientos oficiales, hasta el 28 de febrero de 2011 se habían empadronado 19.727 industrias radicadas en la zona. En lo que hace a la contaminación propiamente dicha, en el curso de agua se encontraron 8.500 toneladas de hierro, 67 barcos abandonados, 17 cascos de barcos hundidos, contaminantes químicos (tales como arsénico, cadmio, plomo, mercurio, cromo y cianuro) y contaminantes orgánicos (en particular, hidrocarburos aromáticos, DDT y coliformes)²⁷⁹.

En este tipo de casos colectivos, la implementación de la sentencia requiere que el Poder Judicial avance sobre el accionar de determinadas áreas e instituciones de otras ramas del poder público. Se trata de los denominados “litigios de reforma estructural”, un fenómeno relativamente novedoso en la región pero que, como podemos ver

²⁷⁹ Mayores desarrollos en VERBIC, F., *El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’. Antecedentes, principales características, y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación*, Revista ANALES N° 43, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (2013), pp. 267-286.

con *Brown y Mendoza*, encuentra antecedentes de relevancia en el derecho comparado.

La principal característica de estos procesos judiciales es que versan sobre cuestiones estrechamente relacionadas con distintos tipos de políticas públicas y derivan en la imposición de órdenes complejas, tanto en lo que hace a la definición de sus contornos como en cuanto a su ejecución²⁸⁰.

El momento histórico de mayor desarrollo del fenómeno tuvo lugar con la experiencia de los derechos civiles a partir de los años 60'. Tan es así que en ese entonces la *injunction* se erigió como la vía procesal por excelencia para llevar adelante la reforma de diversas instituciones burocráticas tales como prisiones, establecimientos de sanidad mental y escuelas con problemas de segregación racial, entre otras.

Se trató de un desarrollo nada sencillo por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la falta de conocimiento de los jueces sobre el comportamiento organizacional; y en segundo lugar, por la asombrosa capacidad de las organizaciones de adaptarse a las intervenciones por medio del restablecimiento de las relaciones de poder preexistentes²⁸¹.

La denominación “estructural” de las sentencias dictadas en estos procesos viene dada por el hecho que, por su intermedio, los tribunales de justicia se involucran en la gestión de estructuras burocráticas y asumen cierto nivel de supervisión sobre políticas y prácticas institucionales de diversa índole.

Son estas características propias de la orden contenida en la sentencia las que permiten diferenciar los procesos colectivos de reforma estructural de aquellos procesos colectivos “ordinarios”. Lo que justifica la distinción, entonces, no es solo el hecho que su objeto involucre la necesidad de discutir determinada política pública, sino especialmente, insisto, el tipo de manda que resulta producto de la

²⁸⁰ En general sobre el tema puede consultarse el clásico trabajo de Fiss, O. M., *The Civil Right Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London (1978).

²⁸¹ Cf. FISS, O. M., *As formas de justicia*, en la obra *Um novo processo civil*, traducción al portugués de GODINHO DA SILVA, D. P., y DE MEDEIROS RÓS, M., Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2004), p. 64. Para un análisis histórico y contemporáneo ver JOBIM, M. F., *Medidas Estruturantes*, Livraria do Avogado Editora, Porto Alegre (2013).

discusión. Esto es, el tipo de remedio que el Poder Judicial debe establecer e implementar para solucionar el caso²⁸².

En este sentido, debemos tener presente que muchos asuntos pueden involucrar cuestiones de política pública para encontrar solución en sentencias meramente declarativas, sin exigir reforma institucional o estructural alguna para que la decisión sea eficaz. También en estos supuestos los procesos colectivos permiten generar modificaciones de conducta de gran trascendencia.

d. Control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de políticas públicas

A lo largo de los últimos años, nuestra región ha sido testigo de una fuerte injerencia del Poder Judicial sobre el resto de los departamentos de Estado en lo que hace al control de convencionalidad y constitucionalidad de ciertas políticas públicas, especialmente en áreas que afectan a minorías y grupos desaventajados de personas²⁸³.

A la hora de evaluar este delicado aspecto de la cuestión, entendemos que el Poder Judicial debe cuidarse para no intervenir directamente en el trazado de políticas públicas y limitarse en cambio²⁸⁴, como bien apunta Abramovich, a confrontar su diseño “con los estándares jurídicos aplicables y en caso de hallar divergencias reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia (...) Solo en circunstancias excepcionales, cuando la magnitud de la violación o la falta completa

²⁸² En ambos casos, la exigibilidad y justiciabilidad de derechos condicionados por la instrumentación de políticas públicas requerirán el escrutinio de una serie de estándares constitucional y convencionalmente establecidos (tanto directa como indirectamente). Para ello resulta fundamental la utilización de indicadores que permiten “medir” esa protección, algo con lo cual el Poder Judicial no se encuentra acostumbrado a trabajar. Ver en tal sentido ABRAMOVICH, V., y PAUTASSI, L., *La medición de derechos en las políticas sociales*, Ediciones del Puerto SRL, Buenos Aires (2010). En esta línea se enrola la reciente decisión tomada por la CSJN argentina el 27/12/16 en la causa *Mendoza*, por medio de la cual, 8 años después de dictada la sentencia estructural en dicho expediente, ordenó a los condenados establecer un sistema de indicadores que permita medir y controlar el estado de avance del complejo plan de remediación establecido por el tribunal en aquella oportunidad.

²⁸³ Ver RODRÍGUEZ GARAVITO, C., y RODRÍGUEZ FRANCO, D., *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires (2015).

²⁸⁴ Ver POST, R., y SIEGEL, R., *Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial*, en POST, R., y SIEGEL, R., *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires (2013), pp. 19-141.

*de colaboración de los poderes políticos lo ha justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas a adoptar a partir de su propio criterio*²⁸⁵.

En este sentido dicho autor también nos recuerda que es fundamental tener en cuenta que los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos son “*de inestimable valor para ajustar aquellas discusiones acerca de la universalidad, transparencia e institucionalidad de las políticas sociales y las estrategias del desarrollo*”.

Ello por cuanto “*pueden servir para fijar un marco para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación para el desarrollo*”. Este “*enfoque de derechos*” resulta de especial importancia para “*establecer una vara o criterio común para la fiscalización y evaluación posterior de esas políticas y estrategias*”²⁸⁶.

El fenómeno que analizamos se ha desarrollado en nuestra región en gran medida gracias a la consolidación democrática de los Estados, el reconocimiento cada vez más fuerte de ciertos derechos fundamentales (entre los cuales se destaca el de acceder al sistema de justicia para tutelar otros derechos), el resquebrajamiento de la idea de jerarquías de derechos en razón de su indivisibilidad e interdependencia (lo cual pone sobre la mesa la discusión sobre el costo de los derechos) y al hecho que, cada vez con mayor intensidad, diversos actores sociales operan como generadores o aceleradores de ciertas decisiones gubernamentales impostergables que, no obstante revestir tal carácter, son diferidas en el tiempo por los poderes Ejecutivo y/o Legislativo con motivo de la existencia de otras prioridades en la agenda política.

En este sentido puede observarse cómo distintos casos en materia de derecho ambiental, personas privadas de su libertad, minorías raciales, discapacitados, derechos políticos, enfermos psiquiátricos, y asuntos vinculados con otros campos de actuación trasladan al seno del Poder Judicial; cada vez con mayor frecuencia, el debate sobre

²⁸⁵ Cf. ABRAMOVICH, V., *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, NexisLexis 0003/012631.

²⁸⁶ ABRAMOVICH, V., *Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales*, parte del capítulo III de ABRAMOVICH, V.; BOVINO, A., y COURTIS, C. (compiladores) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, CELS (2006), pp. 218-219.

cuestiones que en otras épocas se resolvían, con un amplio margen de discreción, en sede administrativa o legislativa. Y se resolvían allí justamente porque eran cuestiones colectivas que, por ese entonces, no admitían planteos judiciales orientados a su exigibilidad.

Las consecuencias sociales, políticas y económicas que genera el corrimiento en el ámbito de discusión de tales asuntos para los departamentos de Estado encargados de diagramar e implementar políticas públicas son verdaderamente trascendentes.

Entre ellas pueden señalarse al menos las siguientes:

- (i) Imposibilidad de esgrimir razones de mérito y conveniencia para postergar decisiones cuando hay derechos fundamentales afectados, y consiguiente obligación de instrumentar soluciones aun en situaciones de crisis y limitaciones presupuestarias para garantizar el mínimo existencial de tales derechos²⁸⁷;
- (ii) Severa restricción en el manejo del tiempo de las decisiones;
- (iii) Puesta en juego de la responsabilidad política y personal de los agentes y funcionarios encargados de tomar tales decisiones;
- (iv) Aumento de la exposición mediática de los asuntos, lo cual produce un reposicionamiento de los factores de poder y genera una mayor transparencia en la discusión al permitir mayor control social sobre la misma²⁸⁸;
- (v) Traslado del poder de decisión sobre asignación de recursos presupuestarios, al menos indirectamente, a manos distintas de las elegidas por mayoría para tomar tales decisiones;
- (vi) Obligación de discutir en base a reglas iguales para todas las partes involucradas en el conflicto y frente a un tercero imparcial, quien debe resolver el asunto justificando su decisión conforme a derecho y no en base a directrices políticas.

Uno de los aspectos más delicados que presenta la tutela colectiva observada desde esta perspectiva (esto es, en cuanto instrumento

²⁸⁷ Por “mínimo existencial” entendemos “el contenido mínimo de los derechos sociales, constitucionalmente garantizado, que permite su inmediata justiciabilidad” (HENRIQUES DA COSTA, S., *Controle Judicial de Políticas Públicas. Relatório Nacional (Brasil)*, Civil Procedure Review, v.4, Special Edition (2013), pp. 70-120, 93).

²⁸⁸ Cuestión que involucra incluso a los jueces, quienes identifican como un verdadero problema “la exposición pública que adquieren (...) cuando deben resolver determinadas problemáticas sociales” (ver CIPPEC, “Aportes para mejorar el uso del litigio estratégico”, disponible en <http://www.cippec.org/documents/10179/54837/Reporte,%20Justicia,%20Aportes+para+mejorar+el+uso%20+del+litigio+estrategico,%202010.pdf/660fe0a2-b8e6-4a25-856f-d15eb8620851> (última visita el 2/1/17)).

para controlar la constitucionalidad y convencionalidad de reglamentaciones y omisiones en materia de política pública) es que las mencionadas consecuencias y tensiones que produce la modificación en el ámbito de debate sobre ciertos conflictos se manifiestan no solo cuando el Poder Judicial excede sus competencias –y vulnera por ello el principio de división de poderes– sino también cuando aquel actúa en un marco constitucionalmente legítimo.

Tal vez sea esta una buena razón para que el fenómeno de los procesos colectivos donde se discute la constitucionalidad o convencionalidad de ciertas políticas públicas comience a ser estudiado con mayor profundidad no solo por abogados sino también, y muy especialmente, por politólogos, sociólogos y economistas.

En línea de principio, la teoría constitucional tradicional sostiene que la rama Judicial configura un poder del Estado tan democrático como el Ejecutivo o el Legislativo, aun cuando su legitimidad descansa sobre bases distintas al sufragio popular. Partiendo de esta premisa, diversas teorías han sido elaboradas para determinar cuáles son los límites del Poder Judicial en el marco de sistemas republicanos y su relación con el resto de los poderes estatales, especialmente en el intento de justificar su potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes²⁸⁹.

A esto se suma en nuestra región el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces de los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos²⁹⁰.

²⁸⁹ Entre otros, ver los trabajos de ELY, J. H., *Democracia y Desconfianza*, Ed. Siglo del Hombre, Santa Fe de Bogotá (1997); GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ed. Ariel, España (1996); GARGARELLA, R., *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*, ISONOMÍA Nº 6 / abril 1997; GARGARELLA, R., *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Ed. Capital Intelectual, Bs. As. (2004); FISS, O. M., *The Supreme Court 1978 Term*, 93 Harv. L. Rev. 1; NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2000), pp. 657 y ss.; *La Constitución en la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Barcelona (1997), pp. 258 y ss.

²⁹⁰ En general sobre el tema consultar GONZÁLEZ, P.; REYES, N., y ZÚÑIGA, M., *La doctrina del control de convencionalidad y su Aplicación en Algunas Experiencias Nacionales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2016), disponible en http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5497/librocontroldeconvencionalidad_julio2016_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última visita el 2/1/17).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció sobre este deber por primera vez en pleno al dictar sentencia en el caso *Almonacid Arellano*²⁹¹. Allí el tribunal estableció que la ejecución extrajudicial de Almonacid Arellano, cometida por agentes estatales, constituía un crimen de lesa humanidad y sostuvo que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de tales crímenes mediante la aplicación de leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna²⁹².

En esa oportunidad, el tribunal afirmó también que, aun cuando los jueces deben en principio aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico del país donde ejercen sus funciones, desde el momento en que tal país ratifica un pacto internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esos jueces pasan a estar obligados también por tal instrumento. Y es por ello, afirmó la Corte Interamericana, que deben ejercer *“una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas (...) y la Convención”*.

Más importante aún: en esta sentencia se sostuvo que, a la hora de ejercer el control de convencionalidad que deriva de dicha obligación, los jueces locales deben efectuar la comparación teniendo en cuenta no solo la letra del instrumento internacional de que se trate sino también la interpretación efectuada por la propia Corte en torno a sus previsiones²⁹³.

En el marco de estas dos teorías (control de constitucionalidad / control de convencionalidad), puede afirmarse como principio que la ac-

²⁹¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154. El mismo día fue dictada otra sentencia donde solo el Juez García Ramírez se explayó sobre el mecanismo: Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, N°155 (párr. 7 de su voto).

²⁹² Párr. 104 y 114.

²⁹³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 124. Sobre el valor de las interpretaciones efectuadas por la Corte en sus pronunciamientos, Bazán señala que: su importancia *“excede los perfiles meramente especulativos o académicos, y se vincula con cuestiones concretas y exigencias prácticas que impone el Estado Constitucional de Derecho en el marco del aseguramiento de la cobertura tuitiva integral del ser humano”* (BAZÁN, V., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable*, ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, México (6-10 de diciembre de 2010)).

tuación del Poder Judicial en la desactivación de conflictos colectivos no implicaría un avance indebido sobre el resto de los departamentos de Estado siempre que los jueces ejerzan con responsabilidad su tarea y se limiten a actuar en el marco de las competencias que le fueron constitucionalmente asignadas (*self restraint*)²⁹⁴.

Por el contrario, el abuso efectivamente se presentará si el Poder Judicial excede dicho límite. En este último supuesto sería correcto hablar de vulneración del principio de división de poderes, pero debe quedar en claro que se trata de un supuesto patológico.

Además, si el Poder Judicial puede resolver cientos o miles de conflictos similares o idénticos planteados individualmente y de manera atomizada ante diversos tribunales, ¿por qué no puede hacerlo en forma concentrada cuando el conflicto se presenta debidamente ante sus estrados como un caso colectivo, aun cuando ello implique controlar la constitucionalidad de una decisión del gobierno?²⁹⁵

Las teorías en materia de control de constitucionalidad y convencionalidad, sin embargo, deberían también comenzar a revisarse ya que fueron pensadas en el contexto de una tarea que –en principio– solo se ejercía en casos individuales. Una cosa es el ejercicio de control de constitucionalidad por parte de los jueces en un caso individual. Algo bien diferente (por sus enormes implicancias y derivaciones) es el ejercicio de ese poder en el contexto de casos colectivos.

Por otra parte, cabe tener presente que en la discusión sobre las tensiones existentes entre procesos colectivos que involucran cuestiones de política pública y el sistema republicano de gobierno, usualmente se soslayan las importantísimas ventajas que este instrumental procesal puede acarrear en distintos aspectos, como hemos visto hasta aquí, tanto para el Estado como para los sujetos afectados. Asimismo, se soslaya que los distintos estándares que han fijado las convenciones y los órganos del Sistema de Protección de Derechos Humanos encargados de interpretarlas y aplicarlas, conforman parte de la exigibilidad y justiciabilidad de los respectivos derechos. Esos estándares

²⁹⁴ En general sobre las tensiones que se produce entre el Poder Judicial y los otros departamentos de Estado ver GARGARELLA, R., (Compilador) *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Ediciones Siglo XXI (2014).

²⁹⁵ Giannini ha expuesto esta idea muy claramente al trabajar sobre la tutela de derechos individuales homogéneos (ver GIANNINI, L. J., *La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos*, Librería Editora Platense (2007), pp. 72 y ss.).

garantizan un núcleo mínimo infranqueable para el margen de apreciación nacional, el cual resulta absolutamente controlable por los jueces²⁹⁶.

Tales ventajas y estándares no pueden esgrimirse para justificar exceso alguno del Poder Judicial, esto debe quedar claro. Sin perjuicio de ello, sostenemos que su acabado conocimiento y entendimiento podría ayudar a flexibilizar posiciones y –a partir de allí– aunar esfuerzos para construir soluciones que permitan mantener a raya la mencionada tensión. Una tensión con la cual tenemos que aprender a convivir en la región si nos tomamos en serio los derechos y garantías establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también las opiniones y sentencias que han emitido los órganos del Sistema Interamericano a la hora de definir la aplicación práctica de aquellos.

Podemos ver de este modo que la posibilidad de discutir conflictos colectivos en sede judicial configura mucho más que un mecanismo de protección de derechos. Configura un verdadero canal de participación política directa que rompe con las modalidades tradicionales de intervención en el debate público, produce serias consecuencias de diversa índole y está generando, con ello, no solo un redimensionamiento del rol del Poder Judicial sino también un verdadero cambio de paradigma en la dinámica de distribución del poder en el marco de nuestras sociedades.

e. Obtención de soluciones igualitarias

Una última ventaja de los procesos colectivos que nos interesa destacar es que la concentración de conflictos individuales en un único proceso permite disminuir el riesgo de sentencias contradictorias sobre la misma cuestión de hecho o de derecho.

Tradicionalmente nos han enseñado que el hecho de existir sentencias contradictorias sobre una misma cuestión es una consecuencia necesaria de algunos principios que gobiernan nuestros sistemas procesales tradicionales. Nos referimos por ejemplo a los principios dispositivo y de preclusión, que permiten, por ejemplo, que tres personas que sufrieron daños con motivo de un mismo accidente automovilístico

²⁹⁶ Para un análisis de las limitaciones que los diseños institucionales latinoamericanos conllevan en la exigibilidad y satisfacción de derechos reconocidos constitucionalmente, ver Gargarella, R., *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz Editores, Madrid (2014).

puedan obtener tres sentencias distintas (por haber consentido decisiones adversas sobre incidentes que pongan fin al pleito, por no haberse agraviado oportunamente del monto asignado en concepto de indemnización por daños, por tener un mejor o peor abogado, o bien por simples cuestiones coyunturales y del azar, entre otros factores).

Si bien podemos tolerar estas decisiones diversas y considerar que no configuran una violación del derecho de igualdad ante la ley cuando los conflictos en discusión son de corte individual, no necesariamente sucede lo mismo cuando el conflicto es de índole colectiva. Sucede que en este último supuesto la presión social sobre el sistema de administración de justicia para obtener una solución igualitaria frente a situaciones similares es mucho mayor. Y, al mismo tiempo, esa cuestión de escala influye sobre la percepción de que, si no resuelve lo mismo ante los mismos hechos, algo en el sistema no está bien.

En este sentido, debemos tener presente que la búsqueda de soluciones igualitarias es una problemática general del derecho. De allí que podamos encontrar sistemas que regulan fallos plenarios y otros mecanismos de generación de doctrinas obligatorias por parte de los superiores tribunales de justicia a fin de ser aplicadas por los tribunales inferiores. En la misma línea podríamos ubicar los desarrollos en torno a la teoría del precedente y la redefinición del rol de tales tribunales superiores en la organización estatal.

Lo que se busca con todos estos mecanismos no es otra cosa que uniformar la jurisprudencia y afianzar de tal modo la garantía de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, permitiendo que los casos similares sean juzgados del mismo modo. Pues bien, los procesos colectivos cumplen con esta función en forma muy eficiente al involucrar no solo la resolución igualitaria de casos que pueden plantearse individualmente ante el sistema de justicia, sino también de conflictos que viven quienes –con motivo de las barreras que brevemente abordamos más arriba– no pueden acceder a discutir ante un juez.

Algunos autores entienden que esta finalidad no resulta por sí sola una justificación suficiente del proceso colectivo²⁹⁷. Se comparta o no esa postura, consideramos evidente que las consecuencias igualitarias que genera el proceso colectivo merecen ser tenidas especialmente

²⁹⁷ Ver en este sentido GIUSSANI, A., *Studi sulle class actions*, CEDAM, Padova (1996), pp. 190-191 (considera la tendencia hacia la uniformidad de la decisión como un mero epifenómeno de la acción representativa, bienvenido por supuesto, pero no específicamente buscado por el mecanismo).

en cuenta como otra relevante ventaja que apareja este tipo de tutela diferenciada ya que concurre a dotar de eficacia a ese derecho tan fundamental de la vida democrática.

IV. REDIMENSIONAMIENTO DEL ROL DEL PODER JUDICIAL

De acuerdo con lo que venimos desarrollando, podemos afirmar que el rol del Poder Judicial se encuentra en plena reconfiguración desde el momento en que ha comenzado a intervenir, cada vez con mayor frecuencia, en el tratamiento y resolución de conflictos colectivos.

Sucedo que se trata de conflictos que pueden caracterizarse como de interés público si partimos de la premisa que: (i) involucran una gran cantidad de personas afectadas en sus derechos de manera similar; y (ii) su debate en sede judicial exige abordar cuestiones de trascendencia política, social y/o económica, aunque más no sea por el gran número de personas afectadas²⁹⁸.

En muchas ocasiones estos conflictos demandan al Poder Judicial expedirse sobre la constitucionalidad y convencionalidad de una determinada situación fáctica. En otras, todavía más complicadas, exigen el dictado de una sentencia estructural como único remedio viable para garantizar la tutela de los derechos afectados.

Por otro lado, también tenemos aquellos conflictos colectivos que, aun sin exigir ese tipo de complejas decisiones, ponen al Poder Judicial en situación de decidir sobre la constitucionalidad y convencionalidad de ciertas acciones u omisiones del poder estatal en el marco de la diagramación e implementación de políticas públicas (especialmente aquellas vinculadas con sectores de la población tradicionalmente postergados, desprotegidos o desaventajados). Decisiones que en algunos casos pueden ir acompañadas de órdenes de condena que no llegan a adquirir la complejidad que caracteriza a las de tipo estructural.

²⁹⁸ VERBIC, F., *Procesos colectivos. Necesidad de su regulación*, L. L. 2010-A-769. Los desarrollos de este apartado siguen las ideas presentadas en VERBIC, F., *Un nuevo proceso para conflictos de interés público en la República Argentina*, *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, Nº 244, p. 287-322 (jun. 2015).

Si tenemos en consideración que los conflictos de tipo colectivo fueron tradicionalmente discutidos y resueltos en las arenas de la estructura estatal con legitimación democrática directa y mayoritaria (esto es, Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), no resulta difícil advertir el profundo cambio de paradigma que ha significado comenzar a hacer lo propio en el seno del Poder Judicial. Máxime cuando estos procesos involucran pretensiones que buscan controlar el alcance o la implementación de determinadas políticas públicas que vulneran derechos de los ciudadanos²⁹⁹.

En todos estos supuestos nos enfrentamos con conflictos de índole policéntrica³⁰⁰ cuya introducción en el Poder Judicial provoca casos que, tal como afirma Berizonce³⁰¹, demandan de los tribunales “*nuevas y más complejas misiones*” y que, como señala Damaška, muchas veces involucran a estos últimos en actividades administrativas de supervisión e incluso en el ejercicio de “*mini legislación*”³⁰². Este fenómeno demanda romper con un molde procesal tradicional que se muestra cada vez más inadecuado para el tratamiento de semejantes asuntos.

Sucede que ese molde procesal tradicional solo permite abordar los conflictos colectivos en un contexto casi secreto, caracterizado por un trámite eminentemente escrito y en el cual el debate se produce entre pocos, por lo general sin intermediación con el juez ni audiencias públicas, sin mecanismos que permitan ampliar la intervención y participación social, y sin herramientas de publicidad que concurren a garantizar transparencia y control social sobre la discusión.

Las excepciones en cuanto a la forma de procesar y gestionar esta clase de conflictos son usualmente el resultado del activismo de algunos jueces y tribunales que han logrado construir procesos con particularidades que vale la pena destacar, ya que demuestran la insuficiencia de aquel molde tradicional para atender conflictos de estas proporciones. Entre ellas podemos comenzar mencionando

²⁹⁹ VERBIC, F., *Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia*, RDP, Número especial 05-2012, Conferencia IAPL-IIDP.

³⁰⁰ CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol. 89 (may 1976), p. 1281.

³⁰¹ BERIZONCE, R. O., *Los conflictos de interés público*, RDP 2011-2. En la misma línea, CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review, Vol. 89 (may 1976), p. 1281; RESNIK, J., *Managerial Judges*, 96 Harv. L. Rev. 374 (1982-1983).

³⁰² DAMAŠKA, M. R., *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press (1986), p. 237.

justamente el ejercicio de un fuerte activismo y el uso efectivo de aquellos poderes acordados al juez por la normativa procesal, generalmente no utilizados.

Asimismo, se destaca el empleo de un método dialogal para la solución del conflicto, el cual tiende a producirse en un marco de publicidad y transparencia más amplio que el del proceso tradicional. Sobre esta cuestión hemos señalado en otro lugar que *“con ser admitido que en el modelo del Estado Democrático de Derecho se reserva a los jueces verdaderas funciones de garantía para asegurar, en ejercicio de control de constitucionalidad y de convencionalidad, la operatividad de los derechos fundamentales, sobreviene el arduo desafío de articular en concreto semejantes atribuciones con las funciones políticas a cargo de los restantes poderes. Precisamente la intervención de los jueces en función de garantía y el contenido eminentemente público de la jurisdicción brindan sustento a novedosos modelos de procesos y de gestión, caracterizados por singulares métodos ‘dialogales’ y encaminados a la búsqueda concertada de soluciones estructurales”*³⁰³.

En tercer lugar, muchas veces puede observarse en el trámite de estos asuntos la modulación y flexibilización de ciertas reglas postulatorias y probatorias.

En cuarto término, estos procesos suelen caracterizarse por finalizar con el dictado de complejas decisiones de tipo remedial que comúnmente implican mandas de diversa índole y se proyectan hacia el futuro más que hacia el pasado³⁰⁴, aun cuando también sucede que puede bastar con una condena tradicional o bien con la mera declaración de inconstitucionalidad o inconventionalidad de ciertos actos u omisiones estatales. No obstante ello, incluso en estos casos todo concurre a sostener la necesidad de ampliar el debate sobre tales cuestiones.

Cuando se trata de asuntos que derivan en órdenes estructurales, encontramos otra característica de este nuevo tipo de procesos: la generación de complejos procedimientos de ejecución o implementación de la sentencia que se continúan en el tiempo y demandan, nuevamente, cierta relación dialogal entre las partes y el órgano

³⁰³ BERIZONCE, R. O., y VERBIC, F., *Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)*, L. L. 2013-D-778.

³⁰⁴ Ver BERGALLO, P., *Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina*, disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=yfs_sela (última visita el 2/1/17).

judicial para su efectivo cumplimiento (volveremos sobre esto más adelante)³⁰⁵.

Por último, se destaca en estos procesos la tensión que, indefectiblemente, producen en la lógica tradicional del sistema republicano de gobierno al permitir una injerencia directa del Poder Judicial sobre decisiones de otros poderes del Estado que podrían considerarse tomadas, al menos en principio, en ejercicio de funciones privativas de los mismos³⁰⁶.

Vale señalar que el tratamiento de estos asuntos de interés público en sede judicial fue durante mucho tiempo un fenómeno que se produjo casi exclusivamente en Estados Unidos. En este sentido, hace poco más de dos décadas Taruffo y Hazard afirmaban que *“El rol central que tienen los tribunales ordinarios en la resolución de controversias que involucran cuestiones de derecho público es un fenómeno exclusivo [unique to] de los Estados Unidos. En la mayoría de los demás sistemas políticos modernos las cuestiones de derecho público son usualmente resueltas por tribunales especiales que tienen competencia en asuntos administrativos y constitucionales, y mediante procedimientos especiales”*³⁰⁷.

Este escenario, sin embargo, ha cambiado drásticamente desde entonces ya que en diversos países de la región latinoamericana y del mundo, las Cortes nacionales han asumido un rol protagónico en la definición de cuestiones de interés público de diversa índole a través del tratamiento y resolución de conflictos colectivos³⁰⁸.

³⁰⁵ VERBIC, F., *Ejecución de sentencia en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*, Ponencia General - XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, Argentina (septiembre 2013); VERBIC, F., *El caso ‘Mendoza’ y la implementación de la sentencia colectiva*, J. A. 2008-IV-336.

³⁰⁶ BERIZONCE, R. O., *Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática*, Disertación pronunciada en las V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, La Plata (5-6 de abril de 2013), disponible en <http://www.aadproc.org.ar/institucional/opinion/17-virtualidad-de-los-derechos-fundamentales-e-institucionalidad-republicana-y-democratica> (última visita el 2/1/17).

³⁰⁷ HAZARD, G. C. Jr., y TARUFFO, M., *American Civil Procedure*, Yale University Press, New Haven (1993), p. 29.

³⁰⁸ Solo por poner algunos ejemplos podemos destacar en esta línea la actuación de la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la India, el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Sudáfrica.

Curiosamente, según explica Resnik, la tendencia en la actualidad parece ser exactamente opuesta en los Estados Unidos, donde cada vez más ciertos grupos desaventajados, como ser los consumidores y trabajadores, “*están siendo enviados al sector privado para resolver sus disputas a través de la doctrina sobre la Ley Federal de Arbitraje y otros desarrollos*”³⁰⁹.

¿Cuáles son las implicancias de todo esto y por qué sostenemos que se encuentra en pleno proceso de desarrollo un profundo redimensionamiento del rol del Poder Judicial en los sistemas republicanos y democráticos de la región?

Para responder este interrogante debemos considerar que en los últimos años, y cada vez con mayor intensidad, diversos actores sociales han ganado un rol protagónico en el escenario del debate público mediante el planteo de acciones judiciales colectivas de diversa índole que configuran una modalidad muy concreta de intervención política en el sistema democrático³¹⁰. Una modalidad bien diferente al sufragio popular y con gran potencial de impacto concreto en la agenda pública³¹¹.

Pongamos como ejemplo de esto al caso *Mendoza* en Argentina, al cual ya nos hemos referido, donde puede verse una activa intervención de la CSJN en un proceso colectivo de reforma estructural que involucra distintos aspectos de política pública vinculados con el medio ambiente y la salubridad del entorno vital de millones de individuos.

³⁰⁹ RESNIK, J., *The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. (2014) 162:1793.

³¹⁰ En este sentido es interesante lo que destaca Epp en cuanto a que “*Ni una Constitución escrita ni una cultura defensora de los derechos ni la actitud liberal de los jueces son suficientes para lograr que el sistema judicial preste una atención sostenida a los derechos y los respalde. La protección de los derechos y libertades civiles depende, además, de una estructura de sostén enraizada en la sociedad*” (EPP C. R., *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y Cortes Supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires (2013), pp. 302-303).

³¹¹ Ver KUMM, M., *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Right-Based Proportionality Review*, 4 Law & Ethics Hum. Rts. 140, 144 (2010) (afirmando que la participación política en el marco de las sociedades democráticas contemporáneas no debería estar limitada al derecho a voto, y sosteniendo que “*el control de constitucionalidad basado en el test de proporcionalidad no solo es compatible con las democracias liberales, sino que además institucionaliza un derecho de justificación que debería ser considerado como un compromiso institucional tan básico del constitucionalismo liberal-democrático como lo es la responsabilidad electoral basada en el derecho igualitario al voto*”).

Este caso, y tantos otros en distintos lugares de la región, trasladaron al seno del Poder Judicial el debate sobre conflictos que en otras épocas se resolvían, con un amplio margen de discreción, en sede administrativa o legislativa.

Además este tipo de casos han sido determinantes para mostrar las trascendentes consecuencias sociales, políticas y económicas que genera el corrimiento en el ámbito de discusión de conflictos colectivos para los departamentos de Estado encargados tradicionalmente de diagramar e implementar casi con absoluta libertad la agenda de políticas públicas. Con relación a esto, nos remitimos a las consecuencias abordadas cuando tratamos el potencial de los procesos colectivos como instrumento para el control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de reglamentaciones y omisiones en materia de políticas públicas (apartado 3.4).

Como hemos ya señalado, esta puede ser una buena razón para que el fenómeno de los procesos colectivos comience a ser estudiado con mayor profundidad por otras disciplinas tales como la economía, la sociología y la politología.

V. ROL DEL JUEZ EN EL PROCESO COLECTIVO

a. El juez como director del proceso. Poderes instructorios y ordenatorios. Gestión judicial. Oralidad y audiencias

El interés público involucrado en esta tutela diferenciada excepcional demanda de los jueces una participación activa y el permanente ejercicio de facultades y poderes instructorios y ordenatorios para permitir una adecuada discusión del caso³¹².

Uno de los primeros en profundizar sobre el nuevo rol del juez en esta arena fue Chayes, por medio de un trabajo que puede ser calificado como clásico en la materia. Enfocado fundamentalmente en los litigios colectivos sobre derechos civiles que se desarrollaron en los Estados Unidos durante las décadas del 60' y 70' del siglo pasado, Chayes señaló que los jueces debían ejercer sus funciones como verdaderos directores de un proceso civil que involucraba por entonces,

³¹² En este apartado sigo las ideas presentadas en VERBIC, F., *El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos*, publicado en BERIZONCE, R. O. (Coordinador) *Los Principios Procesales*, Librería Editora Platense, La Plata (2011).

cada vez con mayor frecuencia, cuestiones de derecho público. A su modo de ver, este nuevo rol es legítimo en términos constitucionales y se presenta como algo inevitable en la medida que se pretenda obtener justicia en el marco de sociedades cada vez más reguladas³¹³.

Ya con anterioridad a la publicación de ese trabajo, desde distintos espacios institucionales se había comenzado a insistir en Estados Unidos sobre este necesario cambio de rol del juez para enfrentar conflictos de dimensiones y complejidad cada vez mayores³¹⁴. Tan fuerte fue esa insistencia que, de acuerdo con algunos autores, la figura del juez como director del proceso ha impregnado también el proceso civil tradicional estadounidense cuando de lidiar con casos complejos se trata, desplazando en ciertas medidas al modelo netamente adversarial que siempre fue considerado una de sus características más específicas³¹⁵.

En esta perspectiva, Resnik ha señalado que *“Este nuevo rol directivo apareció por varias razones. Una de ellas es el establecimiento de derechos de descubrimiento de pruebas (discovery) en la etapa de pre-trial. Las Reglas Federales de Procedimiento Civil de 1938 adoptaron mandatos contradictorios: un sistema de discovery (“entrega a tu oponente toda información relevante para el litigio”) fue combinado con las normas adversariales estadounidenses (“protege a tu cliente celosamente” y por ende “rehústate a entregar todo lo que puedas”). En algunos casos las partes discutieron sobre el alcance de sus obligaciones bajo las reglas del discovery. Estas disputas generaron la necesidad de que alguien decidiera los conflictos en la etapa de pre-trial. Los jueces aceptaron la tarea y se convirtieron así en mediadores, negociadores y planificadores –al mismo tiempo que juzgadores. Además, una vez involucrados en el discovery durante la etapa de pre-trial, muchos jueces se convencieron de que su presencia en otros puntos del desarrollo del proceso también sería beneficiosa”*. Sobre tales premisas Resnik afirmaba ya en el año 1982 que *“la supervisión*

³¹³ CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. p. 1281 (1976); traducción al español de MINATTA, O., y VERBIC, F., *El Rol del Juez en el Litigio de Interés Público*, de próxima publicación en *Revista Científica de Derecho*, N° 1, Ed. Thomson Reuters, Argentina.

³¹⁴ Entre las instituciones se destaca especialmente el *Federal Judicial Center*, creado en 1967 para ser el brazo de investigación, desarrollo y entrenamiento del Poder Judicial federal. Ver MC GOVERN, F. E., *Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation*, 53 U. Chi., L. Rev. 440 (1986).

³¹⁵ Ver en este sentido el trabajo de RICHEY, C. R., *Rule 16: A Survey and Some Considerations for the Bench and Bar*, 126 F.R.D. 599, 603 (1989); MULLENIX, L. S., *Lessons from Abroad: Complexity and Convergence*, 46 Vill. L. Rev. 1 (2001).

*del discovery se transformó en un conducto que llevó el control judicial a todas las fases del litigio, y por ende infundió a los procesos con la presencia continua de un juez-supervisor*³¹⁶.

Lejos de tratarse de un hecho aislado, ese cambio radical en la función judicial –que paulatinamente comienza a verse también en nuestra región– se dio en el marco de un proceso histórico que involucró un profundo cambio en la visión de la sociedad respecto de los objetivos del derecho en general.

En este nuevo imaginario, el proceso judicial dejó de ser un mecanismo para resolver exclusivamente disputas privadas por medio de un juez neutral y se convirtió en una herramienta para alcanzar cambios sociales³¹⁷. Algunos han calificado al juez en estos contextos procesales como el *“director de una especie de pequeña burocracia estatal cuyo objetivo es determinar derechos y distribuir responsabilidades entre un grupo de beneficiarios”*³¹⁸.

Además del evidente ahorro de tiempo y recursos que supone una dirección y gestión adecuada del proceso colectivo por parte del órgano judicial, una de las principales ventajas de contar con un juez activo en este tipo de procesos está en la protección que tal participación proporciona a los derechos de los sujetos involucrados en el caso.

En particular, se ha señalado que un juez activo limita drásticamente el poder de las partes para ejercer coerción y lograr un acuerdo transaccional aun cuando no haya mérito para ello (posible resultado indeseado que configura, como es sabido, uno de los principales argumentos utilizados por los detractores de los mecanismos de tutela colectiva de derechos)³¹⁹.

³¹⁶ RESNIK, J., *Managerial Judges*, 96 Harv. L. Rev. 374 (1982-1983); traducción al español de MAMBERTI, M. E., y VERBIC, F., *Los Jueces como Directores del Proceso*, de próxima publicación en *Revista Científica de Derecho*, N° 1, Ed. Thomson Reuters, Argentina.

³¹⁷ Cf. THOMAS, C., *A Return to Civility*, 33 Tulsa L. J. 7, 11 (1997).

³¹⁸ CAPPALLI, R. B., y CONSOLO, C., *Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry*, 6 Temp. Int'l & Comp. L. J. 217 (1992), nota a pie de página N° 261.

³¹⁹ Ver WILLING, T. E., *An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges*, 71 N.Y.U. L. Rev. 74 (1996). Según Willing, los resultados del estudio de campo demuestran que aun cuando no pueda afirmarse que una activa dirección del proceso elimina la posibilidad de forzar al demandado a entrar en acuerdos extorsivos, dicha actividad efectivamente disminuye la posibilidad de que la sola certificación de la acción, sin importar el mérito de la pretensión de fondo, pueda forzar la celebración de acuerdos del género.

Más allá de las críticas que puedan esgrimirse contra este redimensionamiento en el rol judicial, provocado fundamentalmente por el cambio en el tipo de conflictos que el sistema de administración de justicia debe resolver, hay un hecho indiscutible que entendemos debe servir como punto de partida para cualquier análisis sobre el tema: el tiempo judicial es escaso, razón por la cual los jueces deben utilizarlo de la mejor manera posible haciendo uso de toda la colaboración que puedan obtener de las partes para definir los contornos del debate y evitar incurrir en actuaciones innecesarias a fin de asegurar el respeto de las garantías fundamentales de los miembros ausentes y obtener una justa resolución del conflicto.

Es por eso que el *Manual for Complex Litigation* se refiere a la “supervisión judicial” como uno de los principios generales que gobiernan el campo procesal colectivo. Al explicar sus alcances, destaca cómo invertir tiempo en etapas tempranas del litigio lleva a una resolución más rápida del asunto, evita incurrir en actividades innecesarias y –en el largo plazo– implica un ahorro de tiempo judicial y un achicamiento de la carga de trabajo del tribunal³²⁰.

Con referencia a los alcances y beneficios de estos poderes de dirección en nuestra región, la opinión mayoritaria de la doctrina comparte la idea de que “*la incorporación moderada de mayor amplitud de poderes-deberes del juez en los procesos civiles, sin que se vulnere el principio dispositivo, le da mayor celeridad a la justicia civil*”³²¹.

En el contexto de casos complejos, como son aquellos donde se discuten conflictos colectivos, tales poderes y deberes cobran especial relevancia para evitar maniobras dilatorias, facilitar una profunda y oportuna discusión de todas las cuestiones involucradas y permitir de ese modo que la tutela diferenciada de estos asuntos cumpla con las finalidades a que nos hemos referido en el apartado 3.

Frente a lo dicho hasta aquí se podría señalar que el rol de dirección del juez durante la tramitación de un proceso individual también resulta esencial. Sin embargo, entendemos que ello no es necesariamente así.

³²⁰ FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual For Complex Litigation* (Fourth) § 10.01 (2004).

³²¹ PEREIRA CAMPOS, S.; VILLADIEGO BURBANO, C., y CHAYER, H. M., “*Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe*”, en PEREIRA CAMPOS, S. (Coordinador) *Modernización de la justicia civil*, Universidad de Montevideo (2011), pp. 67-68.

En el marco de un proceso individual, la presencia de un juez activo, atento y razonable en el ejercicio de su función lleva sin lugar a dudas a lograr un mejor resultado, a obtener una sentencia más justa y del modo más eficiente posible en términos tiempo y recursos, tanto del sistema de justicia como de las partes involucradas en el proceso. Sin perjuicio de estas claras ventajas, la ausencia de un juez con las mencionadas características no impide que el proceso se desenvuelva y llegue a obtener una sentencia que resuelva el conflicto.

Será un proceso costoso, extremadamente lento y que en muchos casos terminará con una sentencia que no es todo lo justa que podría haber sido. Pero al fin de cuentas, será un proceso del tipo de los que conocemos bien y abundan en distintas jurisdicciones de nuestra región. Lo que nos interesa destacar es que, a pesar de la ausencia del juez en lo que hace a la administración y gestión de la causa, los procesos individuales permiten que la discusión se desenvuelva y –tarde o temprano– que el sistema emita una respuesta al conflicto.

Un proceso colectivo, por el contrario, solo puede funcionar razonablemente en la medida que el juez ejerza el papel de director y verdadero administrador del proceso en forma activa y decidida.

Ausente una participación del género es muy difícil que la discusión pueda desenvolverse en el contexto colectivo sin riesgo para la garantía de debido proceso de los miembros ausentes y las partes formales del proceso, y mucho más difícil todavía que el sistema brinde una respuesta adecuada al conflicto. Es en este sentido que entendemos que el rol activo del juez no es “esencial” en los procesos individuales, mientras que decididamente asume tal carácter en el marco de los colectivos.

¿En qué etapas procesales y con qué finalidades puede ejercer el juez este activo rol de gestión y dirección?

Entre otras, se destacan por ejemplo la posibilidad de controlar inicialmente –y supervisar durante todo el proceso– que el representante del grupo sea adecuado, pudiendo convocar a otros legitimados para participar en el debate, ordenar la división del grupo en subclases y hasta separar al representante en caso de encontrar situaciones graves que lo justifiquen.

Asimismo, convocar audiencias entre las partes para discutir modalidades de gestión del asunto, intentar avanzar soluciones autocompo-

sitivas, organizar calendarios de trabajo, distribuir cargas probatorias. Ello sin contar la posibilidad de realizar audiencias públicas con finalidades de diversa índole.

Estos poderes también podrían utilizarse para gestionar las modalidades de ejercicio de los derechos de intervención o exclusión del proceso por parte de los miembros del grupo.

En esa misma línea, uno de los campos más relevantes para la actuación del juez es aquel vinculado con las notificaciones y la publicidad del proceso colectivo. Sus poderes pueden justificar órdenes de notificación en distintas etapas del proceso cuando, a juicio del magistrado, ellas resultan importantes a fin de proteger los miembros del grupo o bien facilitar la conducción del proceso. Igualmente, le permiten disponer medidas de publicidad de diversa índole para fortalecer el control social sobre la decisión y habilitar una mayor intervención de voces en el debate.

Otro espacio para el ejercicio de estos poderes se encuentra en la supervisión sobre tiempos y costos del proceso (asignación y distribución de cargas y responsabilidades sobre tales costos), así como también en la fijación de límites a los honorarios de los abogados intervinientes en el pleito.

Cabe destacar que en nuestra región esta última cuestión estará condicionada por los esquemas arancelarios y de ejercicio profesional regulados en cada jurisdicción. Lo mismo cabe decir sobre los poderes del juez orientados a controlar los potenciales abusos que pueden presentarse en el uso de los procesos colectivos, tanto en lo que respecta a la conducta de los abogados como de las partes y expertos que intervienen en el trámite.

El CMPC carece de una previsión específica que se refiera a los poderes del juez en el marco del proceso colectivo. Sin embargo, una atenta lectura de su exposición de motivos y de su articulado permite fácilmente advertir que su rol de director a que nos venimos refiriendo se encuentra claramente configurado.

En este sentido, la exposición de motivos destaca que *“El proceso se desenvuelve por audiencias, ejerciendo el juez varios poderes de control y dirección”*, mientras que en el articulado se le acuerdan expresamente poderes y facultades para: controlar y supervisar la representatividad adecuada (art. 2); dispensar a las Organizaciones No

Gubernamentales del tiempo de preconstitución y citar a otros legitimados para que asuman la titularidad de la acción en caso de abandono o desistimiento infundado (art. 3); anticipar materialmente la tutela pretendida (art. 5); determinar medidas que aseguren el resultado práctico equivalente al cumplimiento cuando no pueda obtenerse el mismo en forma específicas y establecer multas de oficio (art. 6); determinar el destino de la indemnización obtenida (art. 8); permitir la alteración del objeto del proceso en cualquier instancia (art. 10); y decidir si el proceso debe tramitar en clave colectiva, fijar los puntos controvertidos y determinar las pruebas a ser producidas (art. 11).

Asimismo, el juez del proceso colectivo podrá impartir las órdenes que fuesen necesarias para suplir deficiencias probatorias y obtener los elementos que sean indispensables, así como revisar la asignación de la carga de la prueba durante la fase de producción de la misma y ordenar pruebas de oficio (art. 12); establecer el monto de honorarios de los abogados de la causa y fijar gratificaciones financieras para el legitimado colectivo en ciertas circunstancias (art. 15); atribuir efecto suspensivo al recurso de apelación contra la sentencia definitiva (art. 18); suspender la ejecución provisoria cuando pueda generar un lesión grave o de dificultosa reparación ulterior (art. 19); solicitar al demandado o a terceros información sobre las personas que integran el grupo (art. 20); disponer notificaciones de diversa índole y dirigidas a diferentes destinatarios (art. 21); determinar el monto de la indemnización individual que corresponda siempre que fuese posible (art. 22); notificar a distintos legitimados colectivos para que promuevan la acción cuando detecte la existencia de un conflicto colectivo a partir de un caso individual (art. 32); entre otras.

Para terminar con este punto, es necesario referirnos a la relevancia de la oralidad y la inmediatez del juez con las partes como modalidad de debate en el contexto de este tipo de procesos.

La inmensa mayoría de los países de nuestra región trabajan con sus conflictos civiles en el marco de sistemas procesales escriturarios y de estructuras judiciales burocráticas donde priman los “jueces de firma” y una gran delegación de tareas por parte de estos hacia funcionarios de su estructura³²².

³²² Ver en este sentido, entre muchos otros, PEREIRA CAMPOS, S., *Presentación*, en PEREIRA CAMPOS, S. (Coordinador) *Modernización de la justicia civil*, Universidad de Montevideo (2011), p. 11 (sosteniendo que “*Todavía hay mucho por hacer para desterrar el proceso “desesperadamente” escrito que generó y genera tantos problemas en nuestros países, tales como: prácticas excesivamente ritualistas que convirtieron los requi-*

Nuevamente aquí sucede lo mismo que señalamos con relación al rol de director del juez: si este tipo de sistemas es contraproducente para obtener soluciones eficientes de los conflictos individuales, mucho más lo es todavía cuando se trata de tramitar y resolver discusiones sobre conflictos colectivos. Más aun, en este último supuesto se convierte en algo esencial ya que la complejidad del litigio colectivo y los intereses que allí se juegan pueden convertir a este proceso “desesperadamente escrito” en un verdadero laberinto sin salida.

De allí que el CMPC fue diagramado, como señalamos, sobre una estructura de proceso por audiencias. En esto sigue la línea del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en el año 1988 e implementado en gran medida y con éxito en el Código General del Proceso de Uruguay en 1989³²³.

El esquema que propone el Código Modelo se asienta en una audiencia preliminar de tipo ordenatoria y con finalidad conciliatoria (art. 11), seguida de otra audiencia “*de instrucción y juzgamiento*”. Solo en caso de no lograrse un acuerdo en la primera de dichas audiencias, el juez decidirá si el proceso puede ser tramitado en clave colectiva. En caso afirmativo, el CMPC otorga poder al juez para separar pretensiones en diversos procesos, fijar los puntos controvertidos, resolver cuestiones pendientes, ordenar la producción de las pruebas ofrecidas (distribuyendo expresamente entre las partes quien tiene la

sitos de forma en los aspectos más importantes, duración excesiva de los procesos, falta de publicidad, inexistencia de inmediación, delegación de funciones esenciales del juez, falta de transparencia que es “caldo de cultivo” de la corrupción, proliferación innecesaria de múltiples estructuras procesales bajo el erróneo paradigma de que cada especialidad sustancial necesita una estructura procesal propia y distinta de las demás, entre otros. No podemos seguir tolerando un proceso lento, formal y burocrático, corporizado en un expediente judicial como eje central del proceso y de las decisiones, que campea en varios de nuestros países”).

³²³ Tanto Uruguay con su Código General del Proceso como otras reformas procesales posteriores en la región “han tenido como factor común el intento de modernizar nuestros procedimientos para que respondan de mejor manera a los diversos valores que hoy consideramos importantes proteger –como el debido proceso– y a los problemas que aquejan a nuestros sistemas judiciales, como la congestión, lentitud y poca transparencia, los que han sido resueltos con distintos grados de éxito. Estas reformas también han tenido como denominador común el cambio hacia sistemas en que se privilegia la oralidad para obtener la mejor concreción de la intermediación, asegurando la participación directa del juez en el proceso” (cf. DUCE, M.; MARIN, F., y RIEGO, C., *Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información*, en PEREIRA CAMPOS, S. (Coordinador) *Moderización de la justicia civil*, Universidad de Montevideo (2011), p. 178.

carga al respecto) y, finalmente, convocar a la audiencia de instrucción y juzgamiento en caso de ser necesario³²⁴.

b. Conversión de la acción individual en colectiva

Como hemos ya señalado, el conflicto colectivo es un fenómeno extraprocesal que se genera con independencia de la materia de fondo en discusión. Para poder ser procesado y resuelto de modo colectivo por el sistema de justicia, dicho conflicto debe ser presentado ante el juez o tribunal que corresponda en forma de “caso” o “controversia”.

Sucede muchas veces, sin embargo, que los casos no son promovidos en clave colectiva sino individual. De hecho, esto es bastante común ya que muchos procesos colectivos son detectados con causa en la multiplicidad de casos individuales promovidos para discutir las mismas cuestiones contra los mismos demandados.

En este contexto, surge el interrogante de si el juez o tribunal puede convertir esa acción individual en una acción colectiva y, en su caso, cuáles son las medidas de gestión procesal que debe tomar para asegurar el debido planteo colectivo del asunto y también para garantizar el respeto de las garantías procesales de que gozan todas las partes involucradas en el conflicto.

³²⁴ “Art. 11. Audiencia preliminar.- Cerrada la fase postulatoria, el juez convocará a la audiencia preliminar, a la cual comparecerán las partes o sus procuradores, habilitados para transigir. Par. 1o. El juez oír a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero. Par. 2º. La evaluación neutral de tercero, obtenida dentro del plazo fijado por el juez, será reservada, inclusive para éste, y no vinculante para las partes, pues su finalidad exclusiva es la de orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto. Par. 3o. Preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación. Par. 4º Obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial. Par. 5º Si no se obtuviere la conciliación, si ésta fuere parcial, o si, por cualquier motivo, no fuere adoptado otro medio de solución del conflicto, el juez, en forma fundada: I.- decidirá si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva; II.- podrá separar los pedidos en procesos colectivos distintos, tendientes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso; III.- fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas a ser producidas, y convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento, si fuere el caso. IV.- esclarecerá a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1º del art. 12”.

El CMPC contiene previsiones al respecto en su art. 32, donde se establece lo siguiente: *“Art. 32.- Conversión de las acciones individuales en una acción colectiva. Si el juez tuviere conocimiento de la existencia de diversos procesos individuales tramitados contra el mismo demandado, con el mismo fundamento, notificará al Ministerio Público y en la medida de lo posible, a otros representantes adecuados, a fin de que si lo desearan propongan una acción colectiva, pero quedará a salvo para los actores individuales la facultad prevista en el artículo anterior”*. La facultad de los actores a que se refiere esta norma es la de continuar con el proceso individual, salvo que prefieran solicitar la suspensión del mismo y esperar las resultas del proceso colectivo.

Sin perjuicio del título de este precepto, no queda claro de su texto si los legitimados colectivos notificados por el juez deben modificar y adecuar la demanda individual o bien promover una acción colectiva autónoma. De darse este último supuesto no habría en realidad “conversión” alguna sino que se produciría la apertura de otro contexto procesal de discusión colectiva del conflicto, originado en esa notificación ordenada por el juez o tribunal, pero con total independencia del caso individual.

Si por el contrario, se exigiese a los legitimados colectivos modificar y adecuar la demanda individual, efectivamente estaríamos ante una verdadera conversión de la pretensión. La opción por una u otra alternativa dependerá en gran medida del sistema de preclusiones vigente en cada país, así como también del alcance de los poderes de dirección y gestión del proceso que el juez o tribunal detente y ejerza.

Esta cuestión se encuentra desarrollada más claramente en el *Código Modelo de Proceso Administrativo –Judicial y Extrajudicial– para Iberoamérica* (en adelante “CMPA”), también elaborado en el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en el año 2012³²⁵. Allí se contempla una previsión específica al efecto cuando se trata de casos que involucran control judicial de políticas públicas.

En este sentido, el art. 25 apartado 4 del CMPA establece que *“Surgiendo en un proceso individual cuestión relativa a las políticas*

³²⁵ Publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, N° 14, 2012, pp. 209 y ss. Según se señala en la exposición de motivos, la Comisión Redactora evitó utilizar la expresión “contencioso administrativo” para que el Código “pueda servir de modelo tanto para los países de jurisdicción doble (que adoptan tribunales administrativos especiales) como para los de jurisdicción única, donde no existen tribunales especializados para el juzgamiento del Estado”.

*públicas, el órgano jurisdiccional podrá suscitar, de oficio o a petición de las partes, incidente de colectivización, transformando la acción individual en un proceso colectivo, mediante la citación de los legitimados en las acciones colectivas para añadir a la inicial y acompañar el proceso*³²⁶.

En esa misma línea se enrola un proyecto de ley presentado en el 2014 en la Cámara de Diputados de Brasil, por medio del cual se pretende regular un proceso especial para el control y la intervención del Poder Judicial en políticas públicas³²⁷. Dicho proyecto establece en su art. 30 que en supuestos de relevancia social y una vez oído el Ministerio Público, el juez puede convertir la acción individual en una de tipo colectivo en dos supuestos:

- (i) Cuando tal acción individual tenga efectos colectivos en razón de perseguir la tutela de un bien jurídico colectivo e indivisible, cuyo daño afecte al mismo tiempo las esferas jurídicas del individuo y de la colectividad;
- (ii) Cuando tal acción individual tenga por finalidad resolver un conflicto derivado de una misma relación plurilateral cuya solución deba ser uniforme en atención a su naturaleza o por disposición de ley, asegurando así el tratamiento igualitario para todos los miembros del grupo y la obtención de un patrón de conducta consistente y único para la parte contraria.

En definitiva, acuerda el juez o tribunal la posibilidad de ordenar el procesamiento colectivo del conflicto en cualquier situación en que sea posible enjuiciar concentradamente la situación de los afectados, sea por la cuestión común en los supuestos de derechos individuales homogéneos, o bien por la indivisibilidad del bien tutelado en los supuestos de derechos colectivos.

Esta norma del proyecto dispone también que, una vez ordenada la conversión, el acto mantendrá la condición de legitimado para el pro-

³²⁶ El CMPA también prevé la posibilidad de tomar uno o varios procesos individuales como casos testigo o piloto en los siguientes términos “Art. 35. *Habiendo procesos repetitivos a ser juzgados, el órgano jurisdiccional competente deberá seleccionar uno o algunos casos representativos de la controversia, quedando los demás procesos en suspenso, para que el juzgamiento de los seleccionados se aplique a los demás*”.

³²⁷ Proyecto de Ley N° 8.058 (2014), Diputado Sr. Paulo Teixeira. El proyecto se originó en el CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais) liderado por los profesores paulistas Ada Pellegrini Grinover y Kazuo Watanabe. Las investigaciones preliminares fueron recogidas en la obra colectiva PELLEGRINI GRINOVER, A., y WATANABE, K. (Coordinadores) *O controle jurisdiccional de políticas públicas*, Ed. Forense, Río de Janeiro (2011).

ceso colectivo “*en litisconsorcio necesario con el Ministerio Público u otro co-legitimado para la acción colectiva*”. Sobre este punto entendemos que si bien puede ser razonable mantener al actor original en el proceso colectivo, también lo sería permitirle hacerse a un lado en el supuesto que no quiera asumir semejante carga, ya que no es lo mismo trabajar y afrontar las responsabilidades y cargas que supone un litigio individual que hacer lo propio con un proceso colectivo³²⁸.

En otro orden, el mismo artículo establece que el Ministerio Público y el resto de los legitimados colectivos podrán “*ampliar o modificar la demanda para adecuarla a la tutela colectiva en el plazo que fije el juez al efecto*”. Si ninguno de los legitimados colectivos actuase en este sentido, el juez enviará el expediente al Consejo Superior del Ministerio Público para que indique qué miembro de la institución se encargará de hacerlo. Como puede advertirse, en este proyecto –al igual que en el CMPA– resulta claro que estamos ante un supuesto de conversión de la causa individual en una causa colectiva.

La posición que se asuma con relación a este instrumento dependerá en gran medida de cuánto peso se asigne a las finalidades de los procesos colectivos a que nos hemos referido. Parece razonable que cuando el Poder Judicial, en cuanto departamento de Estado, detecta la existencia de un conflicto colectivo, tenga las herramientas necesarias para resolverlo del modo más eficiente e igualitario posible.

Será necesario, en cualquier caso, que de tomarse decisiones de este tipo se tenga especial cuidado en no afectar el derecho de defensa de la parte contraria, del actor que promovió el caso individual, y del grupo eventualmente comprendido en el caso colectivo resultante de la conversión.

VI. LITIGACIÓN DE ACCIONES DE CLASE

6.1. Legitimación y representación adecuada

6.1.1. Legitimación colectiva

La legitimación para promover la tutela judicial colectiva de derechos reviste fundamental importancia, a punto tal de haber sido considerada por autorizada doctrina como el verdadero *talón de Aquiles* de

³²⁸ BERIZONCE, R. O., y VERBIC, F., *Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)*, L. L. 2013-D-778.

cualquier sistema de protección de este tipo³²⁹. Sucede que la extensión que se acuerda a la legitimación activa determina en muchas ocasiones la posibilidad de discutir el conflicto en sede judicial y, además, influye decisivamente en la configuración de la cosa juzgada de la sentencia.

La legitimación no solo encierra un significado técnico, sino que cumple una función político-institucional: garantizar la vigencia del principio de división de poderes (función para la cual se concibió también la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”³³⁰, aunque el alcance y aplicación de esta última se encuentran cada vez más limitados). Esta función de garantía del sistema de distribución de poderes ha sido defendida acérrimamente por ciertos sectores, destacando que a través de ella se protege el principio señalado en una doble vertiente:

- (i) Controla que solo legislen y administren los órganos creados por la Constitución para ello, dotados al efecto por el ordenamiento de las habilidades necesarias y titulares de la legitimidad política derivada del sufragio popular;
- (ii) Evita que los jueces “desgasten” su poder en la definición de temas que deben ser resueltos a través del debate político que se produce tanto en el Poder Legislativo como en el Ejecutivo, conjunta o alternativamente, con la utilización de las competencias técnicas y habilidades para los que estos fueron dotados, y de las que los jueces carecen³³¹.

Aclaradas estas cuestiones, cabe señalar que Devis Echandia apunta que al tratar el tema de la legitimación *ad causam* nos encontramos “frente a una materia de gran interés teórico y práctico, porque se relaciona con la suerte de la demanda, con el contenido de la sen-

³²⁹ MORELLO, A. M.; HITTERS, J. C., y BERIZONCE, R. O., *La defensa de los intereses difusos*, J. A. 1982-IV-700.

³³⁰ Pérez Ragone alerta desde hace tiempo sobre la función política con que se utiliza el instituto en el derecho norteamericano: “El núcleo esencial de la legitimación procura que la parte procesal detente real titularidad de la incumbencia que postula, de modo tal que la vinculación entre presuntas incumbencias invocadas y sujetos invocantes es el meollo de descubrimiento de lo que denomina legitimación. La legitimación se ha tornado una barrera al acceso a las Cortes Federales al igual que en las primeras épocas lo era la cuestión política” (cf. PÉREZ RAGONE, A., *Prolegómenos de los amparos colectivos. Tutela de las incumbencias multisubjetivas. Parte general*, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2000-4, p. 114).

³³¹ BARRA, R. C., *Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, ED 146-829.

*tencia, y en algunos casos especiales consagrados por la ley procesal, con la admisión de la demanda y con la formación de la relación jurídica procesal*³³².

Entre la doctrina se pueden identificar dos grandes grupos de opiniones. Por un lado, están los que explican la legitimación *ad causam* como la titularidad del derecho o relación jurídica sustancial objeto del proceso. Por el otro, quienes reclaman una separación entre las dos nociones y aceptan que puede existir la primera sin que exista la segunda. En este último grupo se ubica el autor citado, en posición que entendemos acertada y que resulta de suma utilidad (más bien, esencial) para comprender su campo de aplicación en materia de tutela colectiva de derechos.

Partiendo entonces de la premisa de no considerar a la legitimación *ad causam* como necesariamente identificada con la titularidad del derecho sustancial, cabe señalar algunas características que permiten delinear con mayor claridad los alcances del instituto. Entre ellas podemos observar que:

- (i) Las partes pueden encontrarse legitimadas para la causa tengan o no derecho sobre el fondo del asunto, porque el derecho a poner en actividad la jurisdicción y recibir una sentencia que resuelva el conflicto no pertenece solamente al titular del derecho sustancial. Si esto fuese de otra manera, resultaría imposible explicar cómo puede obtenerse una sentencia de fondo a instancias de quien pierde con su dictado;
- (ii) En función de ello, resulta apropiado entender a la legitimación *ad causam* como un presupuesto de la pretensión y, por ende, como una condición esencial para que pueda dictarse sentencia sobre el fondo, sin importar si la misma es favorable o adversa a los intereses de quien la peticiona;
- (iii) La legitimación tiene como caracteres ser personal, subjetiva, y concreta pero no resulta “exclusiva” sino concurrente. En muchos casos, además, es fungible ya que la “parte” del proceso es el grupo representado por el legitimado;
- (iv) En el campo colectivo la legitimación es excepcional, ya que implica la posibilidad de representar a personas que no otorgaron poder al efecto.

³³² DEVIS ECHANDIA, H., *Teoría general del proceso*, Ed. Universidad, Buenos Aires (1984), T. I, p. 287.

Sobre estas premisas podemos sostener que en los procesos colectivos, la legitimación *ad causam* consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial que corresponda, se encuentra habilitada para que se resuelva por sentencia de fondo si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda en beneficio de un grupo de personas allí determinado.

No resulta necesario ser titular o sujeto activo del derecho o la relación jurídica material (lo que supondría que esta siempre existiera), sino del interés en que se decida si efectivamente existe. Así, la legitimación será perfecta desde el momento en que, en caso de existir, los sujetos del interés en la declaración y discusión sean el demandante y el demandado³³³.

¿Quiénes son estos legitimados colectivos? La respuesta al interrogante varía de jurisdicción en jurisdicción y depende exclusivamente de una decisión de política legislativa (la cual debe encontrar anclaje razonable en el marco constitucional y convencional del Estado de que se trate). El CMPC contiene una amplia previsión al respecto. Según se desprende de su exposición de motivos, se pretendió receptar allí los modelos por entonces existentes en distintos países de la región³³⁴. La enumeración está contenida en el art. 3 y contempla a personas físicas y jurídicas, Ministerio Público, Defensa Pública, Defensor del Pueblo, otras entidades y órganos de la administración pública centralizada y descentralizada destinados a la defensa de derechos colectivos; sindicatos, asociaciones intermedias y hasta partidos políticos (aunque con ciertas limitaciones)³³⁵. También se prevé

³³³ DEVIS ECHANDIA, H., *Teoría general del proceso*, Ed. Universidad, Buenos Aires (1984), Tomo I. Morello y Vallefín se encuentran en la misma línea, sosteniendo que la legitimación activa “no es más que la posibilidad jurídica del pronunciamiento de fondo apreciada por el órgano con base en la invocación de un interés tutelado jurídicamente justificativo, en su caso, de la posición subjetiva de la parte en relación con el pedimento de conformidad con el ordenamiento jurídico...” (cf. MORELLO, A. M., y VALLEFÍN, C. A., *El amparo. Régimen procesal*, 5ª edición, Ed. Librería Editora Platense, 2004).

³³⁴ En este sentido la exposición de motivos señala que “La legitimación es la más abierta posible, para atender a todos los modelos ya existentes de procesos colectivos en Iberoamérica. Queda claro que la legitimación es concurrente y autónoma, admitiendo el litisconsorcio de los co-legitimados”.

³³⁵ “Art. 3. Legitimación activa.- Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva: I.- Toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho; II.- Cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos; III - El Ministerio

allí expresamente que tal legitimación es concurrente y que puede generarse un litisconsorcio entre los diversos legitimados.

Para culminar con este breve análisis del instituto, cabe insistir en que la ausencia de legitimación constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda dictar sentencia de fondo. En virtud de ello, si al momento de decidir la litis o en cualquier instancia del proceso el juez encuentra que esta condición se encuentra ausente o bien desaparece, así debe declararlo incluso de oficio, por más que la contraparte no lo hubiera peticionado.

Junto con las premisas generales de teoría del proceso en materia de legitimación, entendemos que resulta central abordar el requisito de idoneidad del legitimado colectivo para actuar en un caso concreto. En este sentido, consideramos que existe una indisoluble relación entre legitimación colectiva y representatividad adecuada.

Sucede que por razones elementales, razones convencionales y constitucionales, debemos distinguir la legitimación que con carácter general y abstracto puedan reconocer los distintos ordenamientos jurídicos (como veremos más adelante en este apartado), de la legitimación que, en cada caso concreto en discusión, puedan tener (o no) cualquiera de dichos actores sociales para actuar en defensa del grupo de personas que busca representar. A esto último se refiere el requisito de la representatividad adecuada que abordaremos a continuación.

6.1.2. Representación adecuada. Características para asumir tal calidad. Control judicial. Posibles efectos ante inadecuada representación

Esta legitimación en el caso concreto se encuentra ligada a la demostración de ciertas cualidades en cabeza de quien pretenda asumir la representación del grupo y a la ausencia de conflictos de interés que

Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública; IV.- Las personas jurídicas de derecho público interno; V.- Las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun aquellos sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código; VI - Las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría; VII.- Las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este Código, sin que sea necesaria la autorización de la asamblea; VIII - Los partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales”.

puedan perjudicar tal representación. La diferenciación que proponemos entre “legitimación en abstracto” y “legitimación en concreto” es de suma trascendencia.

Sucede que las características del caso particular pueden hacer de un sujeto habilitado por una norma constitucional, legal o reglamentaria para promover procesos colectivos, alguien no adecuado para la defensa del grupo que pretende representar. Las razones por las cuales ello puede suceder son de diversa índole. Una de ellas, por ejemplo, es la que involucra un “conflicto de agenda” que impide a determinado sujeto dar una discusión robusta sobre el asunto³³⁶.

Las razones convencionales y constitucionales que sostienen la ligazón entre la legitimación colectiva y la cualidad del representante en un caso determinado, se asientan en consideraciones de debido proceso legal y de autonomía individual. Es que la tutela colectiva de derechos supone, como ya fuera explicado al inicio de este trabajo, un riesgo para la garantía de debido proceso legal de los miembros de la clase o grupo ausentes en el proceso y, por otro lado, una limitación a su autonomía individual ya que tales personas no podrán tomar la decisión de reclamar o no ante la justicia, cuándo hacerlo, o con qué argumentos. Todo esto ocurre como consecuencia del tipo de proceso colectivo representativo sobre el cual estamos trabajando.

En este contexto, y teniendo presente las consecuencias que se desprenden de la sentencia colectiva a dictarse como resultado de la actuación de un representante tan atípico (que no fue elegido por los miembros del grupo sino que, como también hemos visto, se autoselecciona como tal), podemos llegar sin mayores esfuerzos a la necesidad de exigir que, para reconocer su legitimación, este se encuentre en condiciones de dar una robusta discusión sobre el asunto y que no se encuentre inmerso en ningún conflicto de interés.

Entendemos que la legitimidad convencional y constitucional de todo sistema colectivo depende de ello. Su verdadera eficacia también, ya que si no se garantiza una adecuada defensa de los derechos del grupo afectado por medio del control de las cualidades del representante colectivo, la sentencia no podrá ser opuesta a sus miembros sin una afectación severa de sus derechos y garantías fundamentales.

³³⁶ VERBIC, F., *Procesos Colectivos para la Tutela del Medio Ambiente y de los Consumidores y Usuarios en la República Argentina*, Civil Procedure Review, Vol. 4 (Año 2013) (Special Edition).

La noción de representatividad adecuada proviene del sistema federal de acciones de clase estadounidense³³⁷. Allí la FRCP 23 establece en su apartado (a)(4) que la acción de clase solo será certificada en la medida que los representantes protejan justa y adecuadamente los intereses de la clase (*fairly and adequately protect the interests of the class*).

Este prerequisite configura el pilar fundamental sobre el cual se asienta el sistema, alcanzando un carácter verdaderamente esencial para que la decisión no vulnere la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo ausentes en el debate³³⁸. Asimismo, es importante desde el punto de vista práctico ya que, ausente tal calidad en el representante y sus abogados, la decisión no podrá desactivar el conflicto en su totalidad³³⁹.

El precedente que marcó un antes y un después en la materia es el conocido fallo recaído en *Hansberry vs. Lee*³⁴⁰. En dicha oportunidad, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América recordó el principio general de que nadie puede ser obligado personalmente por una decisión dictada en el marco de un proceso en el cual no participó, y que la eventual ejecución de una sentencia del género contra el sujeto ausente en el pleito vulneraría la garantía de debido proceso requerida por la quinta y la decimocuarta enmienda de la Constitución norteamericana.

Sentado ello, la Corte recordó la reconocida excepción a tal principio –configurada por las decisiones tomadas en procesos representativos o de clase– y apuntó que dichas sentencias solo pueden afectar a los miembros ausentes con cualidad de cosa juzgada en la medida que:

³³⁷ Sigo aquí los antecedentes desarrollados en VERBIC, F., *La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas*, Revista de Derecho Comercial Abeledo-Perrot N° 233 (Nov/Dic. 2008).

³³⁸ KLONOFF, R. H., y BILICH, E. K.M., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials*, West Group (2000), p. 109; WRIGHT, C. A., *Class Actions*, 47 F.R.D. 169 (1970); GIDI, A., *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en la obra *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, GIDI y MC. GREGOR (coordinadores), Ed. Porrúa, México (2003), p. 6; FLEMING, J.; HAZARD, G. C., y LEUBSDORF, J., *Civil Procedure*, Fifth edition, Foundation Press, New York (2001), ap. 10.23.

³³⁹ Cf. FRIEDHENTAL, J. H.; KANE, M. K., y MILLER, A. R., *Civil Procedure*, Ed. West Publishing Co., St. Paul, Minn (1985), pp. 730-731.

³⁴⁰ 311 U.S. 32 (1940). El trasfondo de la causa, que involucraba aspectos de discriminación racial y tenía contacto directo con delicados asuntos de orden político, puede consultarse en SUBRIN, S. N.; MINOW, M. L.; BRODIN, M. S., y MAIN, T. O., *Civil Procedure. Doctrine, practice, and Context*, Aspen Law & Bussines, New York (2000), pp. 906 y ss.

- (i) El procedimiento para obtenerlas esté diseñado y aplicado de modo tal de asegurar que los miembros presentes son de la misma clase que los ausentes; y
- (ii) El litigio sea conducido de forma tal que asegure la completa y justa consideración de las cuestiones comunes.

Para comprender acabadamente los alcances del instituto, debe tenerse en cuenta que en el marco de un litigio tradicional la “seriedad” del actor se encuentra generalmente asegurada por el hecho de acordarse legitimación solo a la persona afectada en su propia esfera individual³⁴¹. Nadie mejor que uno mismo para cuidar sus derechos, o bien –al menos en principio– nadie más interesado en hacerlo.

Por el contrario, en el marco de un proceso colectivo representativo –donde el miembro de la clase no participa activamente en el trámite y en ciertas ocasiones se encuentra involucrado sin conocer tal situación (y hasta contra su voluntad expresa en algunos supuestos)– compartimos la postura de que el sistema necesariamente debe prever mecanismos de control para asegurar que quien pretende discutir sobre el conflicto haga obtener a los miembros ausentes una defensa y solución adecuada que sea lo más cercana posible a la que obtendrían si estuvieran defendiendo personalmente sus intereses³⁴². De esta premisa surge la previsión expresa de la FRCP 23(a)(4) y el carácter esencial que reviste para el sistema.

A efectos de analizar la calidad de la representación invocada por quien pretende actuar en beneficio de toda la clase, los tribunales deben evaluar distintos factores cuya determinación puede estar fijada expresamente en la ley o bien dejada en manos de los jueces. A su turno, el establecimiento de estos parámetros en el texto de la ley puede ser rígido o abierto (a modo de estándares). En cualquier caso, un nivel de discreción judicial y flexibilidad, por más mínimas que estas sean, resulta inevitable y hasta conveniente. Es que, como señalaba con acierto Cappelletti, adoptar una solución legal expresa,

³⁴¹ CAPPELLETTI, M., *Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution*, Access to Justice, vol. III (Emerging Issues and Perspectives), Dott. A. Giuffrè Editore, Milan (1979), p. 561.

³⁴² GIDI, A., *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en la obra *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, GIDI y MC. GREGOR (coordinadores), Ed. Porrúa, México (2003), p. 6.

rígida y uniforme sería como utilizar el hacha del leñador para llevar adelante una delicada cirugía³⁴³.

En el sistema de la FRCP 23 –que sirve de fuente y orientación en todo lo vinculado con esta cuestión– la determinación de los factores a considerar para evaluar la calidad del representante ha sido fruto de la labor jurisprudencial. Un ejemplo de estándares flexibles y abiertos fijados expresamente en normas positivas puede encontrarse en el CMPC, el cual establece en su art. 2 Par. 2º que, al evaluar la representatividad adecuada el juez debe tener en cuenta datos tales como la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase, y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y, finalmente, el nivel de representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase que pretende proteger. Cabe destacar que la fuente de esta norma es indudablemente la señalada experiencia jurisprudencial en torno a la FRCP 23.

En la redacción original de este precepto del Código Modelo se incluía entre los estándares a considerar la capacidad financiera del actor, aunque luego fue eliminado haciendo eco de las objeciones presentadas con fundamento en que la imposición de patrones económicos para la admisión de la actuación de legitimados extraordinarios podría resultar contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos que garantizan el derecho de libre acceso a la justicia³⁴⁴.

³⁴³ CAPPELLETTI, M., *Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution*, Access to Justice, vol. III (Emerging Issues and Perspectives), Dott. A. Giufrè Editore, Milan (1979), p. 561. El autor señalaba en aquel momento que el análisis comparativo del fenómeno tendía a demostrar que resulta absurdo esperar que la legislación provea respuestas completas y uniformes a la problemática.

³⁴⁴ La objeción fue lanzada en el trabajo de CALVO MARCILESE, E. J., y ROSBACO, F. G., *La representatividad adecuada en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, ponencia presentada en las X Jornadas Bonaerense de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral, Constitucional, y Administrativo; Junín (noviembre de 2003). Sobre el particular, Giannini considera que esta objeción resulta "... de discutible acierto..." en la medida que aparece como razonable exigir que el legitimado extraordinario "... asegure que su estado patrimonial no será un obstáculo para la defensa de intereses ajenos". (GIANNINI, L. J., *Legitimación en las acciones de clase*, L. L. 23/08/2006). En la misma línea, DE LOS SANTOS, M., *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, ponencia

En la jurisprudencia estadounidense, la capacidad financiera del representante resulta efectivamente considerada por los tribunales a fin de determinar la posibilidad de que aquel pueda llevar adelante una defensa vigorosa del caso y no se encuentre forzado a celebrar acuerdos desfavorables por no poder mantener la discusión durante el tiempo que sea necesario. La reforma del año 2003 a la FRCP 23 incluyó este factor expresamente, pero solo con respecto a los abogados de la clase (con relación a quienes también se controla el requisito en análisis)³⁴⁵.

Como señalamos al trabajar sobre los poderes del juez en el campo del proceso colectivo, es su deber controlar al inicio del proceso y supervisar a lo largo del mismo que este requisito se encuentre cumplido y se mantenga vigente. Nuevamente, el CMPC recepta este deber fundamental al establecer que el juez analizará “*la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento*” (art. 2, Par. 3º).

Si al ejercer el mentado control el juez advierte que se ha perdido la calidad del representante y/o sus abogados, ello no conlleva necesariamente el rechazo de la demanda, ya que existen algunos instrumentos que permiten continuar con la discusión en clave colectiva.

El primero es la creación de subclases dentro de la clase identificada originalmente. Cada una de estas subclases se genera con las personas que comparten intereses similares, y a cada una de ellas debería de asignarse representantes y abogados adecuados. Aun cuando este recur-

presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Mendoza, (septiembre de 2005)).

³⁴⁵ A pesar de que la *Rule 23(a)(4)* se refiere solo a la representatividad adecuada que deben ejercer “las partes”, los tribunales estadounidenses han extendido el análisis de este prerrequisito con relación a los abogados que representan a quienes invocan tal carácter. Esto sucedió como derivación de reconocer que en la práctica cotidiana la parte que representa a la clase es, en la gran mayoría de los casos, un mero instrumento de los abogados. Tan es así que algunos autores han llegado incluso a reclamar que se suprima la necesidad de que concurra la parte y directamente se acuerde a los abogados legitimación suficiente para plantear este tipo de casos; o bien que se prohíba a los demandados indagar sobre la inteligencia, antecedentes personales y entendimiento del conflicto que pueda tener la parte que actúa como representante. Desde la reforma del año 2003, la FRCP 23(g) impone al tribunal el deber de designar a los abogados de la clase en todas las causas que certifique como colectivas. A tal fin aquel *debe* considerar: (i) el trabajo realizado para identificar potenciales reclamos; (ii) la experiencia en el patrocinio de *classactions* y otros tipos de litigios complejos; (iii) el conocimiento de la ley que rige el caso; y (iv) recursos disponibles para llevar adelante el litigio. En igual sentido, la norma establece que el juez *puede* tener en cuenta otros aspectos que demuestren la habilidad de los abogados para representar justa y adecuadamente los intereses de la clase.

so no es muy utilizado en la práctica, puede resultar ventajoso cuando se identifica un conflicto de intereses entre los miembros de la clase.

Otro mecanismo disponible se traduce en la posibilidad de complementar la representación y/o la asistencia letrada con otras personas. El Código Modelo recoge esta opción al establecer que *“en caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada (...) el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción”* (art. 3, Par. 4º, lo cual –por la remisión que se efectúa en el art. 2, Par. 3º– aplica también cuando el requisito deja de estar configurado durante el trámite).

Si bien en teoría este último proceder puede ser apto para solucionar las dos problemáticas que presenta el tema en estudio (esto es, la indiferencia y la incompetencia del representante y sus abogados frente al grupo), creemos que hay que tener cuidado con su aplicación en un sistema rígido de preclusiones como el vigente en los ordenamientos procesales de nuestra región. Sucede que, en estos contextos procesales, la citación de otros representantes y/o abogados puede llegar demasiado tarde ya que no habrá oportunidad de corregir las omisiones o negligencias operadas hasta esa oportunidad³⁴⁶.

6.2. La demanda colectiva

El escrito de demanda con el cual se promueve un proceso colectivo debe reflejar, como línea de principio, todas aquellas cuestiones específicas que el ordenamiento pertinente exija para tener por cumplidos los recaudos de admisibilidad y procedencia de este tipo de tutela excepcional.

A través de este fundamental acto procesal, el legitimado debe traducir el conflicto colectivo que pretende desactivar para convertirlo en un caso judicial específico. Esto no es tarea sencilla, dado que por lo general los conflictos colectivos –como ya hemos destacado– son policéntricos y complejos y, en cuanto tales, permiten en muchas ocasiones construir casos judiciales de diversa índole y/o reclamar del Poder Judicial remedios diferentes para enfrentar el problema.

³⁴⁶ OTEIZA, E., y VERBIC, F., *La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi”?*, SJA 10/03/2010.

En general los sistemas procesales de nuestra región se encuentran gobernados en este campo por el principio de la sustanciación de la demanda, el cual exige una descripción bastante detallada de los hechos que sirven de causa a la pretensión esgrimida. Este principio se diferencia del de individualización, propio de los sistemas de discusión fundados en la regla de oralidad, donde basta con la somera identificación de los hechos centrales y de algunas otras cuestiones para luego ampliar al respecto en el marco de las audiencias.

Debemos tener presente que la exposición precisa de los hechos y de la causa de pedir efectuada por el actor en un caso colectivo opera estableciendo el objeto de la litis y se presenta como un proyecto anticipado de la sentencia colectiva que se busca obtener.

Además, resulta determinante para establecer la influencia que tendrá ese proceso y la eventual decisión que allí se tome sobre otras causas judiciales donde se pretenda discutir total o parcialmente respecto del mismo conflicto (consecuencias que se harán valer principalmente a través de institutos tales como la competencia por prevención, y conexidad; acumulación de procesos, litispendencia, cosa juzgada y otras).

En este sentido, y de acuerdo con los desarrollos que hemos efectuado hasta aquí y otros que siguen en lo sucesivo, podemos afirmar que el escrito de demanda debe contemplar –cuanto menos y entre otras cuestiones– las razones que justifican y demuestran la legitimación colectiva invocada y la idoneidad de tal representante, una precisa identificación cualitativa de la clase que se busca defender y del número (aunque sea aproximado) de sujetos comprendidos en ella, una descripción acabada del hecho o acto generador del conflicto (especialmente de los efectos comunes que ese hecho o acto provoca sobre el grupo representado), y las pretensiones que sean perseguidas para resolver el asunto.

En definitiva, podemos afirmar que en el contexto de sistemas procesales escriturarios y con preclusiones rígidas como los que gobiernan la región latinoamericana, el escrito de demanda es una pieza fundamental donde el legitimado colectivo deberá traducir el conflicto en un caso, argumentar y ofrecer la prueba que sea necesaria para acreditar, al menos *prima facie*, la configuración de todos los requisitos de admisibilidad de este tipo de tutela excepcional.

6.3. Audiencia preliminar y certificación de la acción

El carácter excepcional de la tutela colectiva exige determinar en una instancia temprana del proceso si es posible discutir sobre el conflicto en clave colectiva, o bien si las pretensiones planteadas por quien promueve la acción deben acudir al Poder Judicial por las vías tradicionales de discusión.

Sucede que la habilitación del proceso colectivo y, por tanto, la aplicación de aquellas normas procesales establecidas como reaseguro de garantías de los miembros ausentes, solo deberían aplicarse en el supuesto de encontrarse reunidos los requisitos de admisibilidad y procedencia que cada jurisdicción establezca para este tipo de procesos.

Esta decisión se conoce en el derecho comparado como “certificación” de la acción colectiva, porque toma su fuente del sistema estadounidense donde, hasta el dictado de esa orden, no puede técnicamente hablarse de una acción de clase más que putativa. En función del ordenamiento procesal vigente en el sistema estadounidense, al cual tomaremos como ejemplo para ilustrar la cuestión, una acción solo puede ser canalizada en forma colectiva si todos los extremos previstos en la FRCP 23(a) se encuentran reunidos en el caso. El juez debe dictar una decisión para establecer dicha circunstancia en la etapa más temprana posible del proceso.

Tales extremos son los siguientes:

- (i) El grupo debe ser tan numeroso que el litisconsorcio de todos sus miembros resulte impracticable. Cabe aclarar que impracticable no significa imposible. Para determinar la configuración de tal extremo, denominado *numerosity*, la norma se basa en un criterio pragmático, de manera que no existe un número predeterminado de miembros de la clase en base al cual pueda considerarse apriorísticamente su cumplimiento. Ello así en la medida que no depende de una variable meramente numérica, sino que involucra el análisis de una serie de factores a ser evaluados en el contexto de cada caso;
- (ii) Deben existir cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros del grupo (*commonality*). Estas cuestiones comunes sitúan a los sujetos individuales en condición semejante frente al demandado y constituyen el fundamento de la propia existencia de una controversia de naturaleza colectiva. Resulta evidente

que si este recaudo no se configurara en el caso, sería imposible obtener una tutela uniforme y, por ende, el mecanismo colectivo carecería de sentido;

- (iii) Las pretensiones o defensas del representante del grupo deben ser típicas en relación con aquellas que correspondan a los miembros del grupo (*typicality*). Este recaudo ha sido criticado con el argumento de que configura en cierto punto una duplicación innecesaria del mencionado en el punto anterior, o bien de la *adequacy of representation*. No obstante ello, según la norma, además de la existencia de una cuestión común entre los integrantes de la clase, es necesario que el representante comparta los mismos intereses.

Por lo tanto, la pretensión del representante debe originarse en el mismo evento, práctica o conducta que serviría de causa a la pretensión de los demás sujetos, y debe estar basada en el mismo fundamento jurídico. De este modo, puede advertirse que en el sistema que analizamos el representante del grupo propone la acción colectiva en su propio nombre y en nombre de todas las personas que se encuentren en situación similar, por lo cual coexisten en el proceso dos tipos de pretensiones independientes y perfectamente separables: por un lado, el pedido individual del representante; por otro, el pedido colectivo del grupo. Esta particularidad exige extremar recaudos para evitar que los intereses de ambos se vean contrapuestos y deriven en una defensa inadecuada del grupo;

- (iv) Los intereses del grupo deben encontrarse justa y adecuadamente representados en juicio. Dado que, según veremos más adelante, la sentencia a dictarse hará cosa juzgada para todos los miembros del grupo, independientemente del resultado favorable o desfavorable de la acción.

La adecuada representación de los derechos de los miembros ausentes en el proceso es el pilar fundamental del sistema estadounidense. Ello así en tanto de su cumplimiento depende la efectiva vigencia de la garantía de debido proceso legal. Solo recordaremos aquí que este requisito exige a quien actúe como representante de la clase encontrarse en condiciones de afrontar una vigorosa defensa del grupo y carecer de conflictos de interés que impidan llevar adelante la misma.

El modo de establecer si corresponde o no procesar colectivamente la controversia, así como también los recaudos a evaluar por el juez

para tomar una decisión al respecto, dependerán en definitiva del ordenamiento legal de cada jurisdicción. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que los estándares convencionales y constitucionales mínimos en materia de debido proceso concurren a sostener la necesidad de sustanciar estas cuestiones para permitir a la demandada argumentar y ofrecer prueba al respecto con carácter previo a someterla a la discusión colectiva del conflicto. Asimismo, cabe subrayar la importancia de resolver estas cuestiones en una etapa inicial del proceso, tal como exige el sistema estadounidense.

La CSJN argentina ha reconocido recientemente la importancia de identificar con claridad y en una etapa temprana del proceso cuáles son las reglas procesales a las cuales deberán atenerse las partes. Enfrentada con un expediente donde el magistrado de primera instancia, a pesar de calificar al proceso como colectivo, generó un litisconsorcio de 2.641 afectados e impuso a la demandada la carga de contestar la demanda individualmente frente a cada uno de ellos, dicho tribunal abrió su jurisdicción extraordinaria y revocó la decisión sosteniendo, entre otras cosas, que se había violado el derecho de defensa en juicio de la demandada con motivo de haberse producido un *“cambio sorpresivo de reglas”*. Además, afirmó que en el contexto de este tipo de tutela *“las partes deben conocer de antemano las reglas de juego del proceso a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales”*³⁴⁷.

En ese sentido, y siempre tomando como premisa la complejidad intrínseca de este tipo de conflictos y de su procesamiento y resolución en sede judicial, consideramos que resultaría conveniente realizar una audiencia preliminar donde las partes puedan debatir sobre sus posiciones al respecto. En esa oportunidad el juez también podría tomar las decisiones que estime necesarias para establecer si el caso es o no un caso colectivo de acuerdo con las postulaciones de las partes y los elementos reunidos en el proceso.

Sobre esta última cuestión, el Código Modelo establece en su art. 11 que –una vez cerrada la fase postulatoria– el juez convocará una audiencia preliminar a la cual deben comparecer las partes o sus procuradores debidamente habilitados para transigir. En dicha au-

³⁴⁷ CSJN en autos *“Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses S.A. en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo”*, sentencia del 2/12/14, causa CSJ 42/2013 (49-K).

diencia, entre otras cosas, *“El juez oirá a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje, y la evaluación neutral de tercero”* (Par. 1º). Además, podrá fijar los puntos controvertidos, decidir las cuestiones procesales pendientes, y determinar las pruebas a ser producidas (Par. 5º, Apartado III); así como la distribución de la carga de la prueba (Par. 5º, Apartado IV).

6.4. Acuerdos transaccionales colectivos

El principal problema que se presenta en este campo a la hora de trabajar con medios alternativos de solución de controversias se encuentra, nuevamente, en el hecho característico de estos mecanismos de tutela colectiva según el cual los representantes colectivos estarán disponiendo del derecho de personas que no le acordaron mandato al efecto.

La interrogante principal que se plantea es si puede el legitimado colectivo transigir con el demandado sobre el objeto de la pretensión y obligar con ese acuerdo a los miembros ausentes, o bien disponer del derecho o del proceso mediante un desistimiento.

Dicha interrogante merecería una respuesta afirmativa por razones de principio, en la medida que los derechos en disputa resulten de naturaleza disponible. No obstante, tal principio general requiere adaptaciones inherentes a las características del conflicto involucrado en el caso colectivo y a las particularidades que configuran el fenómeno de la representación extraordinaria.

En este orden cabe destacar que las prestaciones involucradas en una transacción pueden afectar de manera diferente a los interesados, lo cual obliga al tribunal a seguir de cerca las negociaciones, ya que (además de las complejidades intrínsecas que presentan los acuerdos) siempre está latente el potencial conflicto entre los miembros de la clase y entre estos y el abogado que ha prestado sus servicios profesionales al representante en base a un pacto de cuota litis. Como hemos visto, este ámbito específico dentro del proceso colectivo es uno de los que demanda de los jueces la mayor atención, cuidado y gestión posible.

Es por ello que, como regla, los acuerdos transaccionales colectivos se encuentran sometidos a procedimientos especiales y requieren de aprobación judicial. Estos procedimientos generalmente están orientados a dotar de publicidad a la propuesta de acuerdo y a permitir la

intervención de otros interesados y ciertos organismos públicos con el objetivo de garantizar control y transparencia³⁴⁸.

El Código Modelo carece de previsiones sobre esta temática. Debido a ello tomaremos el sistema de la FRCP 23 a modo de ejemplo para ilustrar el tipo de control y de procedimiento aplicable para garantizar el debido proceso y la autonomía individual de los miembros del grupo ausentes en el debate, así como también para volver a la carga con la necesidad de que el juez o tribunal de la causa asuma con vehemencia su rol de director del proceso y custodio de tales garantías. En el marco del apartado (e) de la FRCP 23 encontramos interesantes y probadas previsiones establecidas para gestionar, administrar y controlar distintas cuestiones relacionadas con este modo anormal de terminación del proceso. En primer lugar, la FRCP 23(e)(1) establece que la Corte que entiende en el caso debe notificar por medios razonables a todos los miembros del grupo que serán afectados por el acuerdo propuesto.

La notificación individual a los miembros de la clase puede ser apropiada cuando, por ejemplo, el acuerdo exige de aquellos la realización de cierta actividad para obtener sus beneficios (como puede ser la presentación de reclamos), o bien cuando se dispone la posibilidad de excluirse del acuerdo de conformidad con la FRCP 23(e)(4).

Igualmente, la norma estadounidense dispone que debe celebrarse una audiencia (denominada *fairness hearing*) para discutir los alcances del acuerdo, y que la Corte solo puede proceder a su aprobación si entiende que el mismo resulta “*justo, razonable y adecuado*” (FRCP 23(e)(2)).

La importancia de la revisión y aprobación judicial del acuerdo a la cual ya nos hemos referido fue puesta de resalto por el Comité Consultivo encargado de efectuar diversas reformas a la FRCP 23 en el año 2003. Allí se sostuvo que “*El acuerdo puede ser un medio deseable para resolver una acción de clase. Pero la revisión y aprobación por parte de la Corte son esenciales para asegurar una adecuada representación de los miembros de la clase que no han participado en la diagramación del mismo*”.

³⁴⁸ Para un panorama del tema en nuestra región, ver PEREIRA CAMPOS, S., *Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos / class actions en América*, en OTEIZA, E. (Coordinador) *Procesos Colectivos. Class Actions*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2012), pp. 203-246.

A efectos de determinar si estos estándares (justicia, razonabilidad y adecuación) se encuentran cumplidos en el caso, la Corte debe considerar diversos factores. La experiencia jurisprudencial indica que tales factores comprenden, entre otros, los siguientes:

- (i) El número de impugnaciones presentadas por los integrantes de la clase, las cuales pueden ofrecer un indicador acerca de la conveniencia de la transacción;
- (ii) Las chances que tiene la clase de triunfar en el pleito;
- (iii) La complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho involucradas en el asunto;
- (iv) Los riesgos de establecer la responsabilidad;
- (v) El interés público servido por el acuerdo;
- (vi) La razonabilidad de los honorarios propuestos para los abogados.
- (vii) La etapa en que se encuentra el proceso;
- (viii) El vigor con que el caso fue impulsado;
- (ix) La existencia de coerción o colusión que puedan haber influido en las negociaciones;
- (x) El número de miembros de la clase que optó por excluirse;
- (xi) El monto del acuerdo comparado con aquel pretendido en la demanda;
- (xii) El costo que irrogaría proseguir con el proceso;
- (xiii) El plan de distribución presentado con el acuerdo y las posibilidades de su cumplimiento por parte del demandado;
- (xiv) La regularidad de las notificaciones practicadas a los miembros ausentes para ponerlos sobre aviso de la existencia del acuerdo y de su derecho a excluirse en el supuesto que no lo consideren adecuado³⁴⁹.

El sistema estadounidense contempla, también, una interesante exigencia según la cual las partes que buscan la aprobación de una transacción colectiva deben efectuar una presentación por escrito identificando cualquier acuerdo al que hubieran arribado en conexión con ella (FRCP 23(e)(3)).

Si bien la Regla no lo menciona expresamente, esta previsión cobra particular relevancia en torno a los convenios de honorarios que pudieran celebrar los abogados de la clase con el demandado. Ocurre que este contexto puede provocar conflictos de interés entre los abo-

³⁴⁹ ISSACHAROFF, S. (Reportero General) *Principios del Derecho de los Procesos Colectivos*, American Law Institute, Ed. UNAM, México (2014), pp. XXI-XXII (disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3734/15.pdf>, última visita el 2/1/17).

gados y la clase. Igualmente, debe señalarse que el marco de negociación y celebración de un acuerdo transaccional colectivo resulta especialmente permeable a connivencias atento la falta de control directo de los miembros del grupo ausentes sobre el representante colectivo y sus abogados.

Para evitar tales complicidades y evidenciar cualquier conflicto grave de interés que pudiera presentarse, el sistema fuerza a las partes a poner todas sus cartas arriba de la mesa. De ese modo, la Corte que entiende en el caso puede controlar –entre otras cosas, aunque esta cuestión resulta fundamental– que los abogados de la clase no hayan utilizado los intereses del grupo ausente como variable de negociación de sus honorarios.

En otro orden, solo para el supuesto de tratarse de una clase del tipo (b)(3) –esto es, traducido a la terminología utilizada en nuestra región, una clase conformada por titulares de derechos individuales homogéneos–, la FRCP 23(e)(4) dispone que la Corte puede negarse a aprobar el acuerdo si este no contempla una nueva oportunidad de exclusión para todos aquellos miembros del grupo que no hubieran ejercido tal derecho anteriormente (un derecho que, vale destacar, es inherente a las acciones de clase del tipo (b)(3)).

Por último, la FRCP 23(e)(5) contempla la posibilidad de que cualquier miembro de la clase impugne la propuesta transaccional. Estas impugnaciones, una vez presentadas, solo podrán ser desistidas con aprobación de la Corte que entiende en el caso.

Las razones para exigir esta aprobación al desistimiento guardan relación, nuevamente, con las oportunidades de abusos y connivencia que se generan en este contexto. En concreto: tal exigencia busca evitar que quien impugna lo haga al solo efecto de negociar algún beneficio extra con relación a los que obtuvo la clase y ofrezca, como moneda de cambio, el desistimiento de la impugnación. Con la limitación establecida en la norma, tal maniobra se torna mucho más difícil de llevar adelante.

6.5. Prueba. Cargas y presunciones. Producción de oficio. Rol de los expertos

Salvo el establecimiento de normas específicas, la tramitación y resolución de conflictos por medio de procesos colectivos supone como regla la aplicación de los principios probatorios, cargas y

presunciones que resulten de aplicación general en la jurisdicción correspondiente.

A ello se suma también la influencia que sobre esta materia siempre tiene el derecho sustantivo aplicable al caso. En este sentido existen numerosas leyes en materia de medio ambiente, defensa del consumidor y otros campos de tutela preferente donde suelen incorporarse cargas y presunciones específicas que proyectan su autoridad sobre el proceso.

El Código Modelo ha optado por un régimen amplio en la materia, coherente también con el rol de director del proceso que, según hemos visto, acuerda al juez en este campo. Como principio general se establece la admisibilidad de *“todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos”* (art. 12). La referencia a la prueba estadística no es casual, ya que se trata de un medio de particular relevancia en el ámbito de la tutela colectiva de derechos para establecer el nexo de causalidad general entre una determinada acción u omisión y los daños o riesgos padecidos por los miembros del grupo.

Además de este principio general, el CMPC se ocupa de regular la carga de la prueba, ubicándola en cabeza de *“la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración”*. Cuando, sin embargo, por razones de orden económico o técnico, esa carga no pudiese cumplirse, *“el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos”* (art. 12, Par. 1º). Además, se prevé la posibilidad de *“rever, en decisión fundada”* la distribución de la carga de la prueba cuando durante la fase de instrucción *“surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa”* (art. 12, Par. 2º), y se acuerda al juez el poder para ordenar de oficio la producción de pruebas *“con el debido respeto de las garantías del contradictorio”* (art. 12, Par. 3º).

El interés público involucrado, la trascendencia y eventual impacto de la tutela colectiva, así como el necesario rol de dirección del proceso que debe asumir el juez en este contexto procesal, son los principales fundamentos que sostienen la conveniencia de acordar

amplios poderes probatorios al tribunal y cierta flexibilidad en la distribución de las cargas propias de este campo.

A esto se agrega, en muchas ocasiones, el carácter vulnerable del grupo afectado y la situación de asimetría en el manejo y acceso a información que generalmente se presenta cuando el conflicto colectivo deriva en un enfrentamiento con el Estado o con grandes corporaciones.

En ese sentido, es dable recordar que el acceso a la prueba, la posibilidad de producirla sin sujeción a barreras económicas y de conocimiento, y la oportunidad de contestar aquella producida por la contraparte, son derechos integrantes de la garantía de debido proceso legal que cuentan con plena vigencia en el campo colectivo³⁵⁰.

¿Cuál es el objeto de prueba en el campo de los procesos colectivos? Es importante tener en cuenta que, debido al carácter excepcional de este tipo de procesos, la prueba no solo debe versar sobre el mérito de la disputa sino también: (i) sobre los requisitos de admisibilidad y procedencia de la tutela colectiva, a la cual Salgado denomina “*prueba preliminar*”; y (ii) sobre las cuestiones individuales y diferenciadas que pudiesen presentarse en la etapa de liquidación de la sentencia de mérito³⁵¹.

Otra cuestión de relevancia a considerar es el rol de los expertos en este campo. Los conflictos colectivos ponen al juez ante el deber de tramitar y resolver conflictos que exceden muchas veces la cuestión puramente jurídica. Debido al impacto de la tutela colectiva hemos ya visto cómo se juegan en este campo delicadas cuestiones sociales, políticas y económicas. Es por ello que tomar decisiones adecuadas, razonables, y eficientes en este contexto demanda usualmente contar

³⁵⁰ Ver HOYOS, A., *El debido proceso*, Ed. Temis, Bogotá (1996), p. 54 (sosteniendo que “*la garantía constitucional del debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso –legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas– oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos*”).

³⁵¹ SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2011), pp. 271-273.

con la colaboración de expertos en distintas disciplinas que puedan ilustrar al juez o tribunal sobre tales aspectos extrajurídicos.

Algunos de estos elementos ingresarán al debate a través de la figura del *Amicus Curiae*, la cual abordaremos en el apartado 6.8. Sin embargo, muchos otros serán aportados como prueba por las partes. Por ejemplo, a través de prueba científica mediante el uso de expertos.

El empleo de expertos como medio para incorporar el conocimiento científico al proceso ha ido creciendo a la par del aumento de la confianza de los miembros de la sociedad respecto al mismo y de su creciente aplicación en prácticamente todas las esferas de la vida cotidiana³⁵². Ello no debe sorprender ya que resulta lógico que una sociedad cada vez más racional avance en busca de un sistema legal de toma de decisiones de iguales características³⁵³. En la búsqueda de esta racionalidad, la prueba científica tiene la particular ventaja de reducir en proporciones cada vez mayores el margen de error en el juicio de hecho (siempre que sea utilizada correctamente, claro está).

De este modo, sin perjuicio del rol específico que tales expertos pueden jugar en el marco del proceso colectivo de conformidad con las normas nacionales que regulen su actuación (perito oficial, de parte, consultor técnico, testigo, etc.), su función principal puede resumirse en una palabra: colaboración³⁵⁴. En efecto, los expertos deben aportar sus conocimientos especializados al proceso para que quien debe tomar una decisión sobre la veracidad o falsedad de los enunciados de hecho de las partes pueda hacerlo sobre la base de la mejor información posible.

Históricamente se ha recurrido a diversos instrumentos para consentir al juez la utilización de conocimiento científicos y técnicos especiales. Conforme explica Lombardo³⁵⁵, ellos se encuentran representados por:

³⁵² Cf. FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual For Complex Litigation*, (Fourth) (2004), p. 474.

³⁵³ SAKS, M. J., y VAN DUIZEND, R., *The use of scientific evidence in litigation*, National Centre for State Courts (1983).

³⁵⁴ SMITH, R., y WYNNE, B., *Introduction*, en SMITH, R., y WYNNE, B. (Ed) *Expert Evidence. Interpreting Science in the Law*, Routledge, London and New York (1989), pp. 1-23, en especial pp. 3-7.

³⁵⁵ LOMBARDO, L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, en Riv. Dir. Proc. (2002), pp. 1083 y ss.

- (i) La nómina de expertos realizada por el juez en relación a la exigencia del caso concreto;
- (ii) La integración de colegios especiales integrados por expertos, designados en función de la particular naturaleza de las controversias que deben resolver;
- (iii) La presentación de expertos en el proceso por iniciativa de las partes.

Cada uno de estos sistemas presenta en su estado puro ventajas y desventajas, las cuales, por lo general, se reducen en los ordenamientos procesales concretos con motivo de su utilización conjunta y también se encuentran influenciadas fuertemente por el nivel de poder que se acuerde al juez como director del proceso³⁵⁶.

6.6. Litigios paralelos y superpuestos. Conexidad, principio de prevención, acumulación de procesos. Alternativas regulatorias

Con motivo de las características de los conflictos colectivos, su extensión subjetiva y en muchas ocasiones la extensión territorial de los efectos del acto que se considera lesivo de derechos; es un hecho bastante común que los legitimados colectivos promuevan distintos procesos colectivos paralelos y superpuestos ante diversos tribunales. Esto dispara la necesidad de repensar y reconfigurar distintos institutos procesales vinculados con la competencia por prevención, la litispendencia y la acumulación de procesos, entre otros³⁵⁷.

A tal efecto, es necesario tener presente una relectura de la noción de “parte”. Noción que cabe asignar al grupo representado y no a quien formalmente se presenta en el proceso para hablar en su nombre. En este punto la teoría tradicional es perfectamente aplicable, pero siempre que se la piense en clave colectiva.

Cuando un abogado se presenta con un poder judicial para peticionar en nombre de su mandante, nadie considera que aquél sea “parte” en el proceso. Por el contrario, es claro que la parte del proceso es su cliente, su representado. Pues bien, en el campo de la tutela colectiva

³⁵⁶ Para un análisis comparado de los sistemas vigentes en Estados Unidos, Italia y Argentina, ver VERBIC, F., *La Prueba científica en el proceso judicial. Identificación de la noción en el marco de la teoría general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2008).

³⁵⁷ VERBIC, F., *Litigios paralelos y legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor en un reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial (tres años desde “Halabi” y todavía...)*, Jurisprudencia Argentina (abril 2012).

de tipo representativo el fenómeno se presenta de modo similar aun cuando la representación sea atípica o extraordinaria³⁵⁸.

La única diferencia entre uno y otro supuesto (contexto tradicional individual, contexto colectivo) es que en el caso de la tutela colectiva, no habrá poder otorgado por los miembros de la clase.

Sin embargo, debe quedar claro que esa falta de apoderamiento expreso no significa que quien se presenta en justicia para defender al grupo de usuarios o consumidores sea “parte” en el proceso. Podrá denominárselo “parte representativa” (*named plaintiff*, como en el sistema de acciones de clase estadounidense)³⁵⁹, pero lo cierto es que la parte sustancial es el *grupo por ella representado*³⁶⁰.

Si hablamos de litispendencia entre acciones colectivas, entonces, para definir si hay o no identidad de partes, habrá que evaluar cuál es la clase representada por la “parte representativa”.

El segundo tema a considerar guarda relación con las características del conflicto colectivo y del contexto político en el cual este se presenta. Sucede que en el marco de una sociedad democrática de derecho, donde el acceso a la justicia es considerado como un verdadero derecho humano y como una garantía fundamental para los individuos, es perfectamente posible que cualquier miembro de un grupo afectado en sus derechos inicie una acción individual cuando ello fuese posible.

¿Qué significa esto? Significa que pueden coexistir causas colectivas junto con causas promovidas por miembros del grupo con el mismo objeto pero solo en defensa de su situación individual. La vulneración de derechos individuales homogéneos habilita la tutela procesal colectiva por diversas razones de peso que ya hemos analizado. Sin embargo, esa habilitación no puede impedir el planteo de pretensiones individuales por parte de los miembros del grupo habida cuenta el carácter “*esencialmente*” individual de los derechos en juego.

³⁵⁸ Sobre algunas de las implicancias de este tipo de representación atípica me remito a Oteiza, E., y VERBIC, F., *La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo “Halabi”?*, SJA 10/03/2010.

³⁵⁹ FISS, O., y BRONSTEEN, J., *The Class Action Rule*, 78 *Notre Dame L. Rev.* 1419 (2003) (explicando claramente que el *named plaintiff* representa los intereses de la clase).

³⁶⁰ Cf. SHAPIRO, D. L., *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 *Notre Dame L. Rev.* 913 (1997-1998).

Si estamos de acuerdo en que algunas de las finalidades fundamentales de la tutela colectiva son las de evitar pronunciamientos contradictorios y promover la economía procesal, tenemos como consecuencia la necesidad de pensar cómo enfrentar no solo la coexistencia de causas colectivas sino también la superposición de causas individuales con causas colectivas (fenómeno que, obviamente, no se presenta en el campo de la tutela procesal individual).

Una tercera cuestión a evaluar es la frecuente superposición de litigios colectivos discutiendo la misma cuestión de fondo pero con clases de distinto alcance. Por ejemplo, uno o varios procesos colectivos iniciados en representación de los usuarios de un servicio público domiciliados en determinados estados locales y uno o varios procesos colectivos promovidos antes distintos tribunales en representación de los usuarios del mismo servicio domiciliados en todo el país.

En estos supuestos será fundamental lograr que tales procesos sean acumulados y tramiten ante un mismo juez o tribunal para impedir el dictado de sentencias contradictorias, puesto que de otro modo se correría el riesgo de romper con las finalidades centrales de estos mecanismos de tutela. Un escenario del género nos lleva necesariamente al deber de establecer ante qué tribunal corresponde que se lleve adelante la discusión. En líneas generales, al igual de lo que sucede con la litispendencia, suele aplicarse la regla de la competencia por prevención y asignar jurisdicción al juez o tribunal que primero realizó ciertos actos procesales vinculados con algunos de tales procesos.

Esto, a su turno, nos lleva a la necesidad de establecer cuáles son los actos procesales que serían hábiles para generar competencia por prevención. Entre ellos, distintos regímenes establecen soluciones dispares. A modo de ejemplo pueden mencionarse la radicación del caso, la fecha de notificación de la demanda, la fecha de dictado del auto de certificación del proceso y la fecha de inscripción de esa decisión en determinados registros públicos.

Al tomar posición sobre el tema, el Código Modelo estableció en su art. 29 que *“si hubiere conexión entre las causas colectivas, se produce prevención en favor del juez que conoció del primer proceso, quien de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la acumulación de todos los litigios, aun cuando en estos no actúen la totalidad de los mismos sujetos procesales”*.

6.7. Publicidad y notificaciones. Modalidades. Lenguaje utilizado

Si tenemos en consideración el diagrama procesal de los sistemas de tutela colectiva representativa, los mecanismos de publicidad del proceso y de notificaciones a los miembros del grupo adquieren una importancia mayúscula, habida cuenta el interés público involucrado en estos asuntos y el hecho del gran número de personas que implican³⁶¹.

Cuando uno piensa en notificaciones o publicidad de un proceso judicial y los actos procesales ocurridos en este contexto, rápidamente imaginamos edictos, notificaciones personales y registros de juicios universales, así como otras modalidades tradicionales de comunicación e información hacia las partes y la comunidad sobre la existencia y avances del trámite. Sin embargo, las notificaciones personales son costosas y de complicado trámite, los registros de juicios universales se encuentran muy lejos de la comunidad y muy poca gente presta atención a los edictos del diario (mucho menos los del Boletín Oficial).

A pesar de esto, los abogados nos hemos puesto de acuerdo en que estas modalidades de comunicación son aptas para permitir que la discusión procesal avance y también para resguardar los derechos de las partes y terceros con interés en el conflicto a resolver. Hemos aprendido a convivir con ellas sin cuestionarlas demasiado, y de hecho las experiencias recientes que buscan utilizar (y utilizan) la informática para mejorar nuestras comunicaciones han sido resistidas por grandes sectores de la comunidad jurídica.

Si esta falta de modernización en el modo de comunicarnos en el marco del proceso es cuanto menos delicada en el campo de los procesos individuales, en el contexto de casos colectivos asume, lisa y llanamente, un carácter peligroso. Peligroso para los miembros del grupo representados por el legitimado colectivo, peligroso para la efectividad de la solución dictada por la eventual sentencia a dictarse, y peligroso para la legitimidad del sistema frente a la sociedad.

Sucede que la publicidad del proceso y las notificaciones dirigidas a los miembros del grupo adquieren en el campo colectivo un carácter

³⁶¹ Los desarrollos de este apartado siguen principalmente lo expuesto en VERBIC, F., *Publicidad y notificaciones en los Procesos Colectivos de Consumo*, Diario La Ley del 15 de abril de 2015; y KALAFATICH, C., y VERBIC, F., *La notificación adecuada en los procesos colectivos*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 274 (sept/oct 2015), pp. 1390-1395.

verdaderamente fundamental para garantizar un debido proceso legal y, en ciertos casos al menos, para garantizar la posibilidad de ejercer el derecho de autonomía individual de grandes números de personas que, en atención a la estructura de los procesos de tutela colectiva sobre los que estamos trabajando (recordemos: procesos colectivos representativos), no están presentes en el debate.

En este sentido, podemos afirmar que la necesidad de acordar una amplia publicidad a la promoción de un proceso colectivo tiene por causa y objetivo permitir la participación en el debate de todos aquellos sujetos afectados y del resto de los legitimados extraordinarios habilitados para intervenir en el asunto (siempre en las condiciones y con los límites que prevea la legislación específica en la materia, puesto que la intervención de todos acabaría por obtener la posibilidad de acceder a la tutela colectiva).

En este sentido, conocer de la existencia del proceso y sus principales aspectos de trámite permite a los interesados controlar la actuación y la adecuación del representante, contribuir con las pruebas e información que dispongan y, en algunos casos, ejercer su derecho de autoexclusión si no desean ser afectados por la cosa juzgada de la sentencia a dictarse, siempre que el sistema prevea tal posibilidad. En otras palabras: como el instrumental colectivo descansa sobre la ficción de considerar presentes a tales sujetos a través de un representante atípico que no eligieron, la publicidad del proceso tiende fundamentalmente a garantizar su derecho de defensa³⁶².

Desde otra perspectiva, un adecuado sistema de publicidad y notificaciones resulta esencial para que la sentencia colectiva pueda desactivar el conflicto definitivamente. Esto es, sin dejar abiertos flancos de ataque fundados en la falta de respeto a las señaladas garantías. Podría pensarse que esto apunta a una cuestión meramente pragmática, pero lo cierto es que también se juega allí uno de los corolarios de la garantía de debido proceso legal: la efectividad de la decisión (en este caso, colectiva).

Por último, una debida publicidad y un sistema razonable de notificaciones también resultan de gran trascendencia para dotar de legitimidad al sistema de tutela colectiva frente a la sociedad, asegurando una mayor transparencia en el proceso y también minimizando las

³⁶² VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2007), Capítulo IV.

posibilidades de sentencias contradictorias sobre una misma cuestión colectiva.

Ahora bien, ¿significa todo lo dicho hasta aquí que el sistema debe asegurar una notificación personal y fehaciente a todos los miembros del grupo como única alternativa para respetar sus garantías constitucionales? La respuesta es no. Tal como se explica con claridad en la introducción a los Principios de los Procesos Colectivos del *American Law Institute*: “Es claro para todos que las notificaciones tienen un chance muy pequeño de convertir en activos participantes de las acciones de clase a aquellos miembros del grupo que tienen pequeños intereses en juego. Enviar notificaciones a este tipo de personas es una pérdida de tiempo y dinero. A pesar de ello la práctica continúa, reflejando una bien intencionada creencia según la cual el aparente potencial de participación individual provee mayor legitimidad al proceso colectivo. Las notificaciones son un pilar fundamental del debido proceso en los procesos tradicionales, donde las partes cuentan con intereses de relevancia y pueden protegerse solo mediante una activa participación. La práctica de notificar a miembros de la clase que tienen pretensiones de escaso valor pone en evidencia la convicción de que ellos también tienen derecho a un debido proceso. Pero las buenas intenciones producen malos resultados cuando los encargados de generar políticas públicas no comprenden los incentivos de los litigantes. Cuando los miembros ausentes de la clase tienen pretensiones de escaso valor y pueden obtener un mejor resultado siguiendo el liderazgo de representantes nominales, los esfuerzos de convertir a aquéllos en activos litigantes mediante el uso de notificaciones están sepultados de antemano”³⁶³.

Por tanto, el tipo y modalidad de notificación y publicidad a implementar dependerán de las particulares características del caso en discusión y, muy especialmente, del grado de incentivo que los miembros del grupo puedan tener para participar en el proceso o apartarse del mismo.

Lejos entonces de tratarse de una cuestión simple que pueda resolverse automáticamente (por ejemplo, por medio de una previsión legal que imponga determinada forma de comunicación de manera obligatoria), es razonable acordar al órgano judicial suficiente discreción

³⁶³ ISSACHAROFF, S. (Reportero General), *Principios del Derecho de los Procesos Colectivos*, American Law Institute, Ed. UNAM, México (2014), pp. XXI-XXII (disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3734/15.pdf>, última visita el 2/1/17).

para ponderar todas estas cuestiones y tomar las medidas que sean necesarias a fin de asegurar un sistema de publicidad y notificaciones razonable y adecuado para el caso concreto.

¿Qué modalidades se encuentran disponibles para poner en conocimiento de los miembros del grupo la existencia del proceso y sus principales movimientos? A título ejemplificativo es posible identificar cuanto menos las siguientes:

- (i) La publicación de banners destacados en lugares rápidamente accesibles de las páginas web de las partes del proceso;
- (ii) La publicación de anuncios televisivos;
- (iii) La utilización de notas simples, cartelera, redes sociales, y otras modalidades que involucran el uso de nuevas tecnologías; como ser el envío de correos electrónicos o de mensajes de texto por vía de telefonía celular;
- (iv) La inscripción de la causa y de sus pasos procesales más relevantes en Registros Públicos de Procesos Colectivos.

El menú de alternativas para poner a los miembros del grupo afectado y a la sociedad en general en conocimiento de la existencia del proceso y de los principales movimientos ocurridos en el marco del mismo es, como puede advertirse, muy amplio. Destacamos también que se trata de modalidades que pueden utilizarse en conjunto, ya que no son excluyentes en lo más mínimo. Modalidades que además –y esto no es menor– en varios supuestos son totalmente gratuitas o bien tienen un costo ínfimo³⁶⁴.

Si el sistema procesal pretende que la existencia de los casos colectivos llegue a conocimiento de quienes se verán afectados por lo que allí se resuelva, es fundamental utilizar soluciones innovadoras en

³⁶⁴ Destaco la importancia de la gratuidad (o ínfimo costo) de muchas de estas modalidades ya que los costos de aquellas elegidas como adecuadas para un caso concreto pueden llegar a operar como un factor determinante para la viabilidad misma de este tipo de causas colectivas. Exigir a la parte actora que cargue con el costo de producción de tales acciones de comunicación puede en muchos casos condenar al fracaso el sistema de tutela colectiva y, con ello, impedir el acceso a la justicia de grandes grupos de personas (así como garantizar la impunidad de conductas y prácticas comerciales manifiestamente ilícitas, pero generadoras de afectaciones de escasa cuantía individual). El órgano judicial debería gozar también de discreción para asignar razonablemente la carga de tales costos, de forma tal de impedir que se erijan como un obstáculo para el avance de la discusión colectiva del conflicto (en ocasiones, por ejemplo asuntos de escasa cuantía, única vía realista de acceso a la justicia).

este aspecto a fin de comenzar a desterrar viejas y costosas modalidades de comunicación que se encuentran muy lejos de poder cumplir adecuadamente con esta función (nos referimos especialmente a los edictos tan típicos de nuestra región).

Entendemos que el enfoque del CMPC sobre la materia quedó a mitad de camino al insistir con los edictos como principal medio de publicidad y notificación del proceso, sin perjuicio de establecer una mayor amplitud en la difusión para la etapa de liquidación de la sentencia. En este último contexto procesal, el Código Modelo establece que se impondrá al demandado *“el deber de divulgar nueva información por los medios de comunicación social, observando el criterio del costo reducido”*³⁶⁵.

A todo lo dicho hasta aquí, cabe agregar la importancia del contenido de la comunicación y –esto es verdaderamente fundamental– del lenguaje a utilizar en ese contexto³⁶⁶. Téngase presente que aun cuando podamos asegurar que la información llegue a conocimiento de sus destinatarios, de nada servirá si el lenguaje utilizado para comunicar les resulta inaccesible.

Es bien sabido que, el lenguaje jurídico sufre de vaguedad, ambigüedad, y otra serie de problemas propios del lenguaje vulgar que utiliza para expresarse³⁶⁷. Se supone que a mayor técnica y especificidad en la terminología utilizada, menor será el margen de error en lo que se busca comunicar. En teoría, es justamente por ello que el lenguaje

³⁶⁵ *“Art. 21: Citación y notificaciones.- Estando en forma la petición inicial, el juez ordenará la citación del demandado y la publicación de edictos en el Órgano Oficial, con la finalidad de que los interesados puedan intervenir en el proceso como asistentes o coadyuvantes. Par. 1º.- Sin perjuicio de la publicación de edictos, el juez ordenará que sean notificados los órganos y entidades de defensa de los intereses o derechos protegidos en este Código, acerca de la existencia de la demanda colectiva y de su trámite a fin de que cumplan con lo dispuesto en el acápite de este artículo. Par. 2º.- Cuando fuere posible la ejecución de lo juzgado, incluso en forma provisoria, o estuviere precluida la decisión anticipatoria de los efectos de la tutela pretendida, el juez ordenará la publicación de edictos en el Órgano Oficial, a costa del demandado, a quien impondrá, también, el deber de divulgar nueva información por los medios de comunicación social, observando el criterio del costo reducido. Sin perjuicio de las referidas providencias, el juez dispondrá la comunicación a los órganos y entidades de defensa de los intereses o derechos protegidos en este Código, para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior”.*

³⁶⁶ Distintos ejemplos de notificaciones en acciones de clase pueden consultarse en HENSLER, D. R. y otros, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, RAND Institute (2000).

³⁶⁷ Sobre el particular, ver el clásico trabajo de CARRIÓ, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1968).

forense se encuentra plagado de términos, frases, conceptos, y construcciones semánticas que difícilmente puedan ser entendidos por quienes no son especialistas en la materia o, al menos, se encuentren habituados a trabajar con textos jurídicos.

Mucho de ese lenguaje es esencial para explicar determinados conceptos, teorías, y doctrinas (entendiendo por “esencial” que su reemplazo podría hacer incurrir en error a los operadores jurídicos). Sin embargo, también existe todo un bagaje de vocabulario que no resulta imprescindible y que bien podría abandonarse para permitir que las decisiones judiciales sean más fácilmente comprensibles por la sociedad.

En el marco de la publicidad y notificaciones implementadas en procesos colectivos entendemos que resulta fundamental cuidar que el contenido a transmitir sea expresado en un lenguaje que, sin incurrir en errores conceptuales, pueda ser entendido por la población a la cual se dirige. Solo de ese modo estos mecanismos podrán cumplir con su objetivo primordial de asegurar la plena vigencia de las garantías de debido proceso y autonomía individual de los miembros del grupo³⁶⁸.

En ese sentido, para terminar con este punto cabe destacar dos recientes experiencias en la materia.

La primera es, el sistema judicial peruano con la redacción de un *“Manual judicial de lenguaje claro y accesible a los ciudadanos”*³⁶⁹, en cuya presentación se afirma que *“la legitimidad de los jueces y la confianza ciudadana en sus decisiones está íntimamente ligada con la claridad y calidad argumentativas de sus resoluciones y decisiones”*.

La segunda es, el documento elaborado por el grupo de trabajo *“Justicia y Lenguaje Claro: por el derecho del ciudadano a comprender la Justicia”* en el marco de la segunda ronda de talleres de la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana³⁷⁰. En dicha ocasión el grupo sostuvo

³⁶⁸ Hemos postulado esto en términos generales con relación a la motivación de las decisiones judiciales en VERBIC, F., *Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano*, L. L. 2014-A-867.

³⁶⁹ Poder Judicial de Perú, *Manual judicial de lenguaje claro y accesible a los ciudadanos*, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima (2014), disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7b17ec0047a0dbf6ba8abfd87f5ca43e/MANUAL+JUDICIAL+DE+LENGUAJE+CLARO+Y+ACCESIBLE.pdf?MOD=AJPERES> (última visita el 2/1/17).

³⁷⁰ Celebrado en Colombia del 27 al 29 de mayo de 2015.

que “La legitimidad de la judicatura está ligada a la claridad y calidad de las resoluciones judiciales, y constituye un verdadero derecho fundamental (debido proceso). La motivación cumple, además de dar razones a las partes, una función política, extraprocesal, directamente conectada con los Derechos Humanos; de permitir el control social y ciudadano, aunque sea difuso, de la actividad jurisdiccional”³⁷¹. Sobre estas premisas y en base al examen realizado sobre “unas cien sentencias de distintos fueros (materias) y grados”, propusieron una serie de recomendaciones entre las cuales se destaca la necesidad de “buscar un equilibrio entre el rigor técnico necesario de las expresiones y su comprensión por parte de la ciudadanía”³⁷².

6.8. Apertura del debate y transparencia. *Amicus Curiae*. Audiencias públicas

La necesidad de abrir el debate y fortalecer la transparencia en el marco de los procesos colectivos se encuentra estrechamente vinculada con las implicancias que supone el hecho de discutir conflictos colectivos dentro del Poder Judicial y el necesario redimensionamiento del rol de este último en el marco de nuestras sociedades, a lo cual nos hemos referido en el apartado 3 de este trabajo.

Dos herramientas son fundamentales para lograr tales objetivos:

La primera es, la figura del *Amicus Curiae* o “amigo del tribunal”, un instituto que permite a terceros ajenos a una causa judicial presentar allí argumentos y opiniones para colaborar con la solución del conflicto. Por lo general se exige que tales terceros sean personas (físicas o jurídicas, públicas o privadas) que cuenten con acreditada experiencia en alguno de los aspectos sobre los que versa la discusión³⁷³.

³⁷¹ “XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana”, Segunda Ronda de Talleres, 27 al 29 de mayo de 2015, Colombia, “Documento reporte de actividad”, pp. 6 y ss., disponible acá: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=1521992&folderId=1396636&name=DLFE-7016.pdf (última visita el 2/1/17).

³⁷² “XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana”, Segunda Ronda de Talleres, 27 al 29 de mayo de 2015, Colombia, “Documento reporte de actividad”, pp. 4 y ss., disponible acá: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=1521992&folderId=1396636&name=DLFE-7016.pdf (última visita el 2/1/17).

³⁷³ El *Black’s Law Dictionary (7th Edition)* define la figura como aquella persona que no es parte en el proceso pero peticiona a la Corte o bien es requerida por esta para presentar un *brief* debido al fuerte interés que tiene en el asunto que se discute. Toda la doctrina que tuvo oportunidad de analizar define de este modo a la figura, con algunos matices que entiendo innecesario desarrollar aquí debido al objeto del presente trabajo.

La finalidad principal de este instituto es asistir al tribunal, proporcionando razones y argumentos especializados sobre las cuestiones que se debaten en el expediente. Argumentos que, bueno es destacarlo, no resultan exclusivamente de índole jurídica. La experiencia en el derecho comparado demuestra que en numerosas ocasiones el *Amicus* ha contribuido abordando perfiles filosóficos, sociológicos, históricos, y hasta políticos de los conflictos en discusión, muchas veces ignorados o subestimados por las partes y hasta por los propios magistrados.

Si bien originariamente, y durante gran parte de la historia, fue considerado como un colaborador que buscaba ayudar al tribunal a cumplir con eficacia y objetividad sus funciones (de allí su nombre: “amigo del tribunal”), cabe destacar que en época reciente “se ha transformado en una suerte de interventor interesado y comprometido”³⁷⁴.

Permitir la intervención de esta figura en el marco del debate procesal colectivo acarrea importantes ventajas. En primer lugar, la participación de la figura amplía el debate y eleva el nivel de discusión sobre el conflicto al incorporar argumentos que de otro modo no hubieran sido objeto de consideración por los jueces o las partes³⁷⁵.

Esta ventaja, que puede considerarse valiosa en sí misma en el marco de cualquier república democrática, a su turno influye directamente sobre la calidad de la decisión, porque enriquece la mirada de los jueces y permite descubrir nuevas perspectivas de análisis para el caso.

Otro beneficio que aparece la incorporación al debate judicial de diferentes descripciones y narrativas por medio del *Amicus* reside en el estímulo que provoca para el dictado de sentencias más justas y con

³⁷⁴ CUETO RÚA, J., *Acerca del ‘Amicus Curiae’*, 1988-D-721. El autor señala que la figura ha dejado de ser un “amigo del tribunal” para transformarse en “patrocinador de un interés determinado”. En este trabajo puede consultarse una breve reseña sobre la evolución histórica de la figura desde sus orígenes en el sistema inglés.

³⁷⁵ Subrayo las palabras de Trionfetti al respecto: “Hablar de ‘debate’ y de su correspondiente ‘enriquecimiento’ es aventar toda idea de hermeticidad, de abovedamiento, de soliloquio, de ‘mirada experta’ y de toda aquellas metáforas que sirven –eufemísticamente– para desplazar y alejar mecanismos de transparencia, de racionalidad y control comunitario sobre la labor de los jueces” (TRIONFETTI, V., *El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del Amicus Curiae*, L. L. Sup. Const 2003-F-68). En la misma línea, CAPUANO TOMEY, C., *El Amicus Curiae*, L. L. 2005-E, 1061.

fundamentos menos dogmáticos³⁷⁶, lo cual –a su turno– aumenta la legitimidad de este departamento de Estado (que depende en su mayor parte de la calidad argumental de sus decisiones)³⁷⁷.

En el mismo orden, el *Amicus* se presenta como un instrumento relevante para impulsar el ejercicio de la ciudadanía y habilitar nuevos espacios de participación en asuntos de interés público. Sucede que, como hemos ya señalado, estos procesos judiciales colectivos constituyen verdaderos espacios de resonancia social y no deberían quedar exclusivamente sometidos a las alegaciones de las partes³⁷⁸.

Desde esta perspectiva, la figura se erige como un trascendente mecanismo de democracia participativa que provoca una importante apertura del Poder Judicial hacia la comunidad (lo cual también concurre a dotar de mayor legitimidad al accionar de aquel)³⁷⁹.

Finalmente, también puede sostenerse como ventaja el hecho de coadyuvar a lograr un Poder Judicial cada vez más transparente. En este sentido, la regulación del *Amicus* puede ser una opción interesante para visibilizar, reglamentar y hacer público el *lobby* que de manera regular muchos sujetos realizan en defensa de sus intereses.

La segunda de las herramientas a que nos referimos son las audiencias públicas.

Nos hemos referido a las audiencias en el apartado 5.1., destacando allí su importancia como método de debate para implementar la oralidad con intermediación. Para comprender la relevancia de la pu-

³⁷⁶ En este orden, Trionfetti apunta con claridad que la posibilidad de ensanchar el espacio y contenido del debate jurisdiccional “no garantiza una mejor justicia, pero refuerza la posibilidad de que ello suceda” (TRIONFETTI, V., *El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del Amicus Curiae*, L. L. Sup. Const 2003-F-68). En la misma línea, Cueto Rúa destaca que el instituto se erige como el medio procesal adecuado “... para suministrar a los jueces la mayor cantidad posible de elementos de Juicio para dictar sentencia justa” (CUETO RÚA, J., *Acerca del ‘Amicus Curiae’*, 1988-D-721).

³⁷⁷ GELLI, M. A., *Las fuentes del ‘poder’ de la Corte Suprema*, L. L. 2003-E-1317.

³⁷⁸ Cf. TRIONFETTI, V., *El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del Amicus Curiae*, L. L. Sup. Const 2003-F-68.

³⁷⁹ Destacando la participación ciudadana ver especialmente NÁPOLI, A., y VEZZULLA, J., *El Amicus Curiae en las causas ambientales*, J. A. 2007-II-1268; BAZÁN, V., *La Corte Suprema de Justicia abre paso a los amicus curiae*, L. L. Sup. Const. 2004 (agosto) 75; BAZÁN, V., *El Amicus Curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de interpositio legislatoris para su admisibilidad*, J. A. 2003-II-997.

blicidad como principio rector de esas audiencias desarrolladas en el marco de este contexto debemos considerar que, como sostiene Salgado, el proceso colectivo *“tiene un cariz necesariamente participativo y debe abrirse a todos los sectores involucrados y permitir la intermediación del juez con el conflicto”*. Ello así por cuanto *“La solución colectiva o la utilidad del proceso, muchas veces, no solo puede ser medida por el contenido de la decisión, sino también por el proceso de participación, debate, y discusión en que aquella es adoptada. El debate de ideas, sin dudas, le brinda mayor aceptación y sustentabilidad a la decisión”*³⁸⁰.

En el mismo sentido, citando a Rawls, la CSJN argentina ha sostenido recientemente con relación a la importancia de las audiencias públicas (en el procedimiento administrativo, pero en doctrina de clara aplicación al proceso judicial) que *“el debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente, permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia”*³⁸¹.

Una vez más, acudiremos como ejemplo a la regulación que sobre el tema ha implementado la CSJN argentina³⁸² en cuyos fundamentos puede apreciarse el declarado propósito de utilizar el instituto para *“elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República”*. Asimismo, se sostiene allí que *“la participación ciudadana en actos de esta naturaleza y la difusión pública”* permitirán *“poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal”*.

La norma reglamentaria contempla la posibilidad de convocar audiencias públicas con el voto de tres de los jueces del tribunal (art. 1) y prevé tres tipos de audiencias en cuanto a su objeto: informativas,

³⁸⁰ SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2011), p. 280.

³⁸¹ CSJN en autos *“Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”* (Expte. N° FLP 8399/2016/CS1), sentencia del 18/8/16, considerando 18° del voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco (con cita de RAWLS, J., *Justice as Fairness. A restatement*, Harvard, Harvard University Press, 2001).

³⁸² Acordada CSJN 30/2007.

conciliatorias, y ordenatorias (art. 2)³⁸³. Igualmente, permite a los jueces interrogar libremente a los abogados “sin que ello implique prejuzgamiento” (art. 9), establece que “las audiencias serán públicas” y dispone que para participar en ellas se dará prioridad “a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el Tribunal”. El público en general podrá asistir “hasta el número de personas que fije el Tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada asunto” (art. 5). A fin de superar las limitaciones de infraestructura que podrían impedir una amplia participación, la Acordada dispone que las audiencias “serán filmadas y grabadas” y que sus actas “serán públicas y accesibles” (art. 11)³⁸⁴.

Es importante destacar que además de ampliar el debate, avanzar una mayor transparencia en la discusión y mejorar la decisión por medio de una más profunda discusión y del descubrimiento de nuevas perspectivas de análisis para el caso, estas dos herramientas (*Amicus Curiae* y audiencias públicas) se presentan también como medios relevantes para educar, empoderar y facilitar la participación de la ciudadanía en estos asuntos, aumentando de tal modo la legitimidad del Poder Judicial a través de su acercamiento a la comunidad³⁸⁵.

6.9. Costas. Honorarios. Mecanismos de incentivo

Reconocidos especialistas en el campo de las acciones de clase se han referido a la importancia de los incentivos de manera coincidente. En este sentido, han utilizado por ejemplo la metáfora de procesos colectivos como “hermosos autos sin motor” a fin de ilustrar el fracaso de los sistemas de derecho comparado que introdujeron mecanismos de acciones de clase sin atender a la estructura de incentivos que debe acompañarlos (si se pretende que se usen y funcionen, claro está)³⁸⁶,

³⁸³ Art. 2 de la Acordada CSJN N° 30/2007: “Las audiencias serán de tres tipos: I) Informativa: tendrá por objeto escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir; II) Conciliatoria: tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; III) Ordenatoria: tendrá por objeto tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa”.

³⁸⁴ Para un ejemplo, ver la audiencia pública celebrada en el ya citado caso ADC c. PAMI, sobre acceso a la información pública, disponible en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=C9mbu9iidro> (última visita el 2/1/17).

³⁸⁵ ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC), *Propuestas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el tratamiento de casos constitucionales*, disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/propuestas_adc_a_cs_tratamiento_casos_constit.pdf (última visita el 2/1/17).

³⁸⁶ BURBANK, S. B.; FARHANG, S., y KRITZER, H. M., *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and other Common Law Countries)* [“Beautiful cars without engines (Valguarnera 2010: 42)”. Este trabajo es el reporte

así como también señalando que determinar qué incentivos tienen los abogados para patrocinar el caso colectivo en beneficio del grupo ausente en el proceso configura una cuestión clave del sistema³⁸⁷.

En esa misma línea, Gidi se ha ocupado de advertir que en cualquier país donde se adopte la regla general de que la parte que pierde el pleito paga los honorarios de la otra, el riesgo de ser derrotado y tener que afrontar dichas erogaciones actúa como un gran desaliento para la promoción de procesos colectivos³⁸⁸. Esto ocurre aun cuando exista la posibilidad de obtener un beneficio de litigar sin gastos, ya que su eventual revisión frente al cambio de las circunstancias de hecho que sirvieron de causa al otorgamiento deja siempre latente el problema.

El CMPC se ocupa de esta cuestión al regular el régimen de costas y honorarios en su art. 15. En primer término, allí se establece como regla en la materia el principio objetivo de la derrota cuando el actor triunfa en su pretensión: *“la sentencia condenará al demandado, si fuere vencido, en las costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, así como en los honorarios de los abogados de la parte actora”*.

Igualmente, se determinan pautas para cuantificar los honorarios que corresponden a los abogados del proceso, exigiendo al juez tener en consideración *“la ventaja para el grupo, categoría o clase, la cantidad y calidad del trabajo desempeñado por el abogado de la parte actora y la complejidad de la causa”* (art. 15, Par. 1º).

A modo de incentivo para que este tipo de casos ingrese al sistema de justicia, el Código Modelo prevé dos mecanismos.

El primero de ellos es, la posibilidad de acordar una *“gratificación financiera”* al legitimado colectivo cuando se trate de una persona física, sindicato o asociación y su actuación hubiese sido *“relevante en la conducción y éxito del proceso colectivo”* (art. 15, Par. 2º).

general presentado por los autores en el XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado en Heidelberg en el año 2011.

³⁸⁷ ISSACHAROFF, S., *Fairness in Aggregation*, 9 US-China L. Rev. 477 (2012), (a su juicio, esto demanda encontrar una respuesta al interrogante de *“por qué y cómo los abogados son pagados por una representación no contractual”*).

³⁸⁸ GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, UNAM, México* (2004).

Como explica Guayacán Ortiz, esta modalidad consistente en recompensar la actuación del legitimado colectivo encuentra sus orígenes en el derecho romano y estuvo contemplada durante un tiempo en la ley colombiana para los casos de acción popular³⁸⁹. A juicio del citado autor, fue uno de los tres factores que contribuyó *“al incremento que ha tenido la acción popular en Colombia”*³⁹⁰.

El segundo mecanismo es, una suerte de beneficio de litigar sin gastos automático para los actores, según el cual estos *“no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales”* (art. 15, Par. 3º).

A efectos de evitar abusos, la regulación prevista en el CMPC se ocupa de establecer severas sanciones para los litigantes de mala fe y para los responsables de los respectivos actos procesales por medio de los cuales esa mala fe se manifieste: *“serán solidariamente condenados al pago de los gastos del proceso, de los honorarios de los abogados de la parte contraria y al décuplo de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios”* (art. 15, Par. 4º).

6.10. Proceso colectivo pasivo

Los desarrollos conceptuales de orden general que hemos efectuado hasta aquí parten de la premisa que el grupo o clase de personas se encuentra en el lado activo de la relación procesal. Este es el enfoque tradicional y configura claramente el supuesto más común en la práctica de los tribunales. Sin embargo, también existe la posibilidad de que no sea el grupo quien demande sino quien resista una pretensión colectiva.

En la exposición de motivos del CMPC se hace referencia a este proceso colectivo pasivo como *“una absoluta novedad para los ordenamientos de civil law”*³⁹¹. Esta afirmación se explica por el hecho que

³⁸⁹ La Ley N° 1.425 de 2010 derogó expresamente los artículos 39 y 40 de la Ley N° 472 de 1998. Si bien fue impugnada alegándose su inconstitucionalidad, la Corte Constitucional rechazó esa pretensión y confirmó su validez por medio de la C-630 de 2011.

³⁹⁰ GUAYACÁN ORTIZ, J. C., *La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, Revista de Derecho Privado N° 9 (2005), Universidad del Externado, Bogotá, pp. 42-45.

³⁹¹ *“Preconizada por la doctrina brasileña, objeto de tímidas tentativas en la práctica, la acción colectiva pasiva aun siendo más rara, no puede ser ignorada en un siste-*

el sistema de la FRCP 23 estadounidense prevé las acciones de clase pasivas en su apartado (a) al establecer que uno o más miembros de una clase “*pueden demandar o ser demandados como partes representativas...*”. Sin embargo, debemos subrayar que también en el sistema estadounidense y en el brasileño se trata de supuestos excepcionales y poco utilizados³⁹².

Conscientes de la relevancia del instrumento para enfrentar determinados conflictos colectivos, el sistema del CMPC dedica específicamente el Título VI a “*las acciones contra un grupo, categoría o clase*”. Como principio, establece allí que la pretensión colectiva “*puede ser propuesta contra una colectividad organizada o que tenga representante adecuado, en los términos del parágrafo 2º del artículo 2 de este Código, siempre que el bien jurídico a ser tutelado sea supraindividual (artículo 1º) y esté revestido de interés social*” (art. 35).

Además, el Código Modelo regula los alcances de la cosa juzgada según se trate de pretensiones de objeto indivisible (derechos colectivos en la terminología del Código Modelo) o divisibles (derechos individuales homogéneos)³⁹³, y establece la aplicación supletoria del

ma de procesos colectivos. La acción, en esos casos, es propuesta no por la clase, sino contra ella” (CMPC, Exposición de motivos).

³⁹² Cf. SHAPIRO, D. L., *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73 NOTRE DAME L. REV. 913, 914 n. 2 (1998) (sosteniendo que “*actualmente las acciones de clase pasivas son raras y generan especiales problemas de representación y debido proceso*”). Más recientemente SHEN, F., *The Overlooked Utility of the Defendant Class Actions*, 88 Denv. U. L. Rev. 73 2010-2011 (apoyando y promoviendo la utilización de este tipo de acciones para la obtención de información, partiendo para ello de la premisa que las mismas “*son típicamente pasadas por alto tanto en las clases de las escuelas de derecho como en la doctrina legal*”). En referencia a Brasil, ver DIDIER JR., F., y ZANETTI JR., H., *Curso de direito processual civil*, 9ª edición, Tomo 4 Processo Coletivo, Editora Jus Podivm, Salvador Bahía (2014), p. 377 (señalando que “*el proceso colectivo pasivo es uno de los temas menos versados en los estudios sobre la tutela jurisdiccional*”).

³⁹³ “Art. 36.- Cosa juzgada pasiva: intereses o derechos difusos.- Cuando se trate de intereses o derechos difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase”. “Art. 37.- Cosa juzgada pasiva: intereses o derechos individuales homogéneos.- Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual. Parágrafo único -Cuando la pretensión colectiva fuere promovida contra un sindicato, como sustituto procesal de la categoría, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará individualmente a todos los miembros, aún en el caso de procedencia del pedido”.

régimen para los procesos colectivos activos en todo cuando no sea incompatible (art. 38).

En líneas generales, tal como señala Salgado al analizar el sistema estadounidense, debemos considerar que en los procesos colectivos pasivos los actores individuales deberán cumplir con la carga de “*describir la clase, centrar la pretensión en las cuestiones comunes y que éstas prevalezcan sobre las individuales, demostrar la necesidad de accionar bajo esta especie de tutela y que ella es superior a otro mecanismo disponible*”. Su demanda debe ser dirigida contra “*aquellos que representen los intereses de la clase, demostrando que pueden sostener aquéllas y representar adecuadamente los derechos de los miembros ausentes*”³⁹⁴.

La cuestión más delicada en este supuesto se da en torno a la configuración del requisito de la representatividad adecuada. Sucede que en estos procesos pasivos el representante colectivo no se autonoma como tal sino que “*normalmente resulta ser elegido por los actores y por el tribunal*”³⁹⁵. Esta particularidad impide garantizarla idoneidad del legitimado colectivo así como una defensa vigorosa de la causa por parte del mismo³⁹⁶. Además, se suma al hecho que en numerosas ocasiones la existencia de distintos demandados en un proceso encierra posibles situaciones de deslinde de responsabilidad y, por tanto, intereses no alineados que permitan a un mismo representante colectivo actuar en el proceso en nombre de todos ellos.

Otra cuestión que merece diferenciarse con relación al proceso colectivo activo está vinculada con la posibilidad de ejercer el derecho de exclusión a que nos referimos en el apartado 7.2. Al respecto, diversos autores y tribunales han sostenido la necesidad de impedir el ejercicio de este derecho, mientras otros lo han permitido. En general, se sugiere que tal derecho individual no resulta aplicable en este tipo de procesos³⁹⁷.

³⁹⁴ SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2011), p. 226.

³⁹⁵ SALGADO, J. M., *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2011), p. 227.

³⁹⁶ Sobre esta cuestión, en general con similar abordaje en el derecho canadiense, ver MCNALLY, W. E., y COTTON, B. E., *Guiding Principles Regarding the Constitution of a Representative Defendant and a Defendant Class in a Class Action Proceeding*, 27 *Advoc. Q.* 110, (2003).

³⁹⁷ Ver sobre el punto MORABITO, V., *Defendant Class Actions and the Right to Opt Out: Lessons for Canada from the United States*, 14 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 197 (2004), (afirmando que los miembros de una clase pasiva no deberían contar con este derecho y sugiriendo modificaciones a las leyes de Ontario y FC en Canadá para suprimirlo). También *Note Personal Jurisdiction and Rule 23. Defendant Class*

Entre los supuestos en que se ha empleado este mecanismo, podemos identificar, por ejemplo, huelgas de policías federales (se demandó a la Federación Nacional y al Sindicato pertinente), pretensiones en tutela de consumidores de combustible (dirigidas contra el sindicato de revendedores de combustible), casos de ocupaciones de inmuebles o privación de acceso a los mismos (promovidas contra comunidades indígenas y centros de estudiantes universitarios), casos por violación al derecho de patentes (articulados contra todos aquellos en uso indebido de las mismas), entre otros³⁹⁸.

VII. COSA JUZGADA COLECTIVA

7.1. Sistemas

La cosa juzgada puede ser definida como la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de una sentencia cuando esta ha quedado firme o consentida. Se trata de una cualidad específica de la sentencia que abarca sus efectos con relación a ciertas personas, y supone, fundamentalmente, su inimpugnabilidad³⁹⁹.

Tradicionalmente, el principio rector de la cosa juzgada fue la limitación de su alcance subjetivo a las partes que efectivamente participan en el litigio, sea por sí mismos o por un representante tradicional elegido al efecto. Sin embargo, con el advenimiento de los conflictos de masa y repetitivos, este principio de limitación subjetiva se evidenció como inadecuado y surgió la necesidad de dotar a las sentencias de un alcance mayor. Ese alcance se logró ampliando la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia a todo el grupo o clase de personas representado por el legitimado colectivo en el proceso.

Actions, 53 Ind. L. J. 841 (1977-1978), (tomando igual posición al afirmar que la posibilidad de optar por excluirse en este tipo de contexto procesal “tornaría en gran medida inútil al proceso”).

³⁹⁸ Ver DIDIER JR., F., *De las acciones contra un grupo, categoría o clase*, Comentario al art. 35 del CMPC en GIDI, A., y FERRER MAC-GREGOR, E. (Coordinadores) *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un Diálogo Iberoamericano*, Ed. Porrúa - UNAM, pp. 369-377; DIDIER JR., F., y ZANETTI JR., H., *Curso de derecho processual civil*, 9ª edición, Tomo 4 *Processo Coletivo*, Editora Jus Podivm, Salvador Bahía (2014), pp. 381-384.

³⁹⁹ VERBIC, F., *Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina*, *Civil Procedure Review*, Vol. 4 (noviembre 2013).

En esta línea, autores como Gidi han sostenido que el carácter expansivo de la cosa juzgada para abarcar a todo el grupo representado es un elemento esencial del proceso colectivo. Es que una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal destruye la esencia fundamental del proceso representativo en tanto instrumentos para resolver conflictos colectivos⁴⁰⁰.

Así, puede observarse sin excepción que las legislaciones que regulan mecanismos de litigio colectivo establecen distintos sistemas que, con matices, determinan el modo y las condiciones en que la cosa juzgada beneficiará o perjudicará a todo el grupo (y no solo a quienes efectivamente participan del debate procesal).

Existen dos grandes sistemas de vinculatoriedad de la cosa juzgada colectiva.

Por un lado, el denominado *pro et contra*, que implica un efecto inmutable de la sentencia con independencia del resultado. Gane o pierda el legitimado colectivo, el conflicto queda resuelto y no podrán iniciarse en el futuro nuevas acciones colectivas ni individuales por parte de los miembros del grupo para intentar discutir nuevamente lo allí resuelto. Este sistema es el adoptado por las acciones de clase en el orden federal estadounidense.

Por el otro lado, tenemos un sistema de vinculatoriedad relativa de la cosa juzgada conocido como *secundum eventum litis*. A diferencia del anterior, este sistema hace depender la expansión de la cosa juzgada al modo en que se resuelve el proceso. En general, en este sistema la sentencia colectiva solamente obliga con cosa juzgada si el resultado es favorable al grupo.

En caso que el representante colectivo tenga un resultado adverso, las acciones individuales de los miembros del grupo seguirán vigentes (aunque no así la acción colectiva, que muchas veces es la única alternativa realista para obtener tutela oportuna y efectiva de los derechos afectados).

Veremos más adelante cuáles son las razones y premisas que sostienen uno y otro, ambas estrechamente vinculadas con el modo de

⁴⁰⁰ GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctrina Jurídica N° 151, Universidad Nacional Autónoma de México (2004), pp. 98-99.

regular otras instituciones dentro del propio proceso colectivo (especialmente la representatividad adecuada, los mecanismos de notificación y el derecho de exclusión). Tomemos ahora al Código Modelo como ejemplo de cómo puede regularse esta cuestión.

El CMPC contempla el instituto en su art. 33 para los procesos colectivos activos y, según ya señalamos al abordar los procesos colectivos pasivos, estableció previsiones específicas al respecto en sus arts. 36 y 37.

Dicho art. 33 establece como principio una cosa juzgada expansiva la cual denomina “*erga omnes*”, sujetando su alcance a una modalidad que, según Didier Jr., es una suerte de modalidad *pro et contra* conocida como *secundum eventum probationis*⁴⁰¹. Sucede que esa cosa juzgada no afectará a los derechos individuales de los miembros del grupo en los supuestos donde el rechazo de la pretensión colectiva obedezca a insuficiencia probatoria: “Art. 33.- Cosa juzgada. En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba”⁴⁰².

Este sistema también puede ser visto como una variación específica de *secundum eventum litis*, condicionada por los motivos que derivaron en dicho rechazo. Si tomamos en cuenta que el Código Modelo carece de previsiones sobre el derecho de optar por excluirse, este enfoque permitiría garantizar con mayor seguridad los derechos de los miembros del grupo.

El Código Modelo prevé que incluso en los supuestos donde el rechazo de la pretensión colectiva no obedeció a tales motivos sino que estuvo basado en las pruebas ofrecidas por las partes y producidas en el expediente, cualquier legitimado podrá intentar otra acción colectiva con idéntico fundamento dentro de los dos años siguientes a tomar conocimiento de “*nueva prueba superveniente, que no hubiera*

⁴⁰¹ Ver DIDIER JR., F., *Cosa juzgada colectiva*”, Comentario al art. 33 del CMPC en GIDI, A., y FERRER MAC-GREGOR, E. (Coordinadores), *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un Diálogo Iberoamericano*, Ed. Porrúa - UNAM, pp. 343-350, 345.

⁴⁰² La no afectación de los derechos individuales de los miembros del grupo en caso de rechazo de la pretensión colectiva encuentra recepción expresa en el propio art. 33: “Par. 2º - *Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual*”.

podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso” (art. 33, Par. 1°).

7.2. El derecho de optar por excluirse del proceso

Otra cuestión relevante para determinar los alcances de la cosa juzgada es la relativa a los distintos modelos de conformación del grupo que pueden adquirir los mecanismos de tutela colectiva de derechos y el derecho que en cada uno de ellos asiste a sus miembros.

En este sentido, generalmente los miembros del grupo ausentes pueden ser considerados como parte del proceso colectivo a través de dos técnicas: (i) la de opción por incluirse (*opt in*); y (ii) la de opción por excluirse (*opt out*). Cada una de esas técnicas tiene sus ventajas y desventajas.

En el caso de la técnica de opción por incluirse solo serán consideradas como parte del proceso (y, por tanto, vinculadas por la cosa juzgada de los efectos de la sentencia colectiva) aquellas personas que soliciten expresamente su inclusión como parte del grupo definido por el actor en su demanda.

Esta técnica tiene la ventaja de incluir en el grupo solo a quienes realmente se encuentran interesados en participar del litigio colectivo, respetando a ultranza su autonomía personal. Como contrapartida, su implementación implica el riesgo de excluir de los beneficios ofrecidos por la tutela colectiva a un gran número de miembros que por falta de conocimiento, temor a represalias u otros motivos, no soliciten o no puedan solicitar su inclusión en el grupo.

Por el contrario, a través de la técnica de optar por excluirse se presume que los miembros del grupo desean formar parte del litigio colectivo, condicionando su exclusión a una manifestación expresa en tal sentido.

Este tipo de sistema implica naturalmente la posibilidad de que un miembro del grupo que ni siquiera tiene conocimiento de la existencia del proceso colectivo pueda resultar afectado adversamente por la cosa juzgada de la sentencia. Sin embargo, la presunción de que los sujetos perjudicados tienen interés en “participar” del proceso es mucho más eficaz para la solución del conflicto, ya que la inercia opera para ampliar el número de la clase abarcada por la tutela colectiva.

Es por ello que la tendencia general –y sin dudas la más conveniente por permitir avanzar con plenitud las finalidades de este tipo de proce-

esos— es regular los procesos colectivos presumiendo la representación de todos los miembros del grupo ausentes, salvo aquellos que expresamente manifiesten su deseo de excluirse del grupo (sistema de *opt out*).

Este derecho de optar por excluirse del proceso colectivo debe ser entendido como una concesión a la autonomía individual de los miembros del grupo, pero cabe realizar una salvedad al respecto. Sucede que en los sistemas donde se plantean categorías de derechos subjetivos colectivos (difusos, individuales homogéneos, colectivos, etc.), el derecho a optar por excluirse resulta inviable cuando se debaten situaciones estructuralmente indivisibles. Esto sucede porque el remedio a obtener del Poder Judicial será único y no hay manera de resolver el asunto para unos sin hacerlo para todos al mismo tiempo⁴⁰³.

7.3. Vinculación entre el sistema de cosa juzgada y el modo de regular otros institutos procesales

Se sostiene comúnmente que las reglas de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos representan las dos caras de la misma moneda y guardan una íntima vinculación sistémica. Atrás de cada una de ellas está la necesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes.

Para comprender el fenómeno resulta de gran utilidad la explicación de Gidi, quien sostiene que si bien la cuestión de la legitimación colectiva precede temporalmente al problema de la cosa juzgada en el curso del litigio, para el legislador esto último debería ser la primera cuestión a resolver.

Ello así en tanto para saber a quién y cómo el sistema procesal permitirá traer a discusión conflictos colectivos, primero debe tomarse una relevante decisión de política pública sobre qué tipo de alcance tendrá la sentencia a dictarse con motivo de la actuación de ese legitimado colectivo.

Hay muchas bases para identificar un representante colectivo para los intereses del grupo. Según vimos, la ley puede acordar ese derecho a un individuo particular miembro del grupo afectado, organizaciones intermedias de distinto tipo que se encuentren o no previamente au-

⁴⁰³ SALGADO, J. M., *Certificación, notificaciones, pedido de exclusión y pretensión colectiva pasiva*, en SALGADO, J. M., (Director), *Procesos Colectivos y Acciones de Clase*, Ed. Catedra Jurídica, CABA (2014), p. 300, p. 297.

torizadas por el Estado, por el juez o por sus miembros (asociaciones, fundaciones, sindicatos, sociedades civiles, entre otras) y el propio Estado a través de órganos o funcionarios públicos, el *ombudsman*, Ministerio Público, entre otros.

Qué y cómo se le exija cumplir a ese representante al inicio y durante todo el trámite del proceso dependerá en gran medida, en definitiva, del impacto final que puede tener su actuación. A mayor estrictez en la solución que brinde el sistema de cosa juzgada (como es el sistema *pro et contra*), mayores serán los reaseguros procesales que deben establecerse para cuidar el debido proceso legal y la autonomía individual de los miembros del grupo ausentes en el debate.

Por el contrario, si la solución del sistema de cosa juzgada es más laxa (como podría argumentarse respecto de aquellos *secundum eventum litis*), también podrá ser menos estricta la regulación procesal y las exigencias sobre el legitimado, puesto que el eventual impacto de esa decisión en la esfera individual de los miembros del grupo ausentes en el debate no resultará tan grave⁴⁰⁴.

En este orden de ideas, debe tenerse presente que el sistema de cosa juzgada tiene especiales implicancias sobre el modo de regular, interpretar y controlar durante el proceso la representatividad adecuada, así como también sobre el tipo y alcance de las notificaciones dirigidas a los miembros ausentes del grupo y el reconocimiento de su derecho a optar por excluirse del proceso.

En efecto, aquellas legislaciones que adopten un sistema de cosa juzgada *pro et contra* tenderán a regular con mayor énfasis estos institutos, mientras que las que establezcan un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis* tenderán a proyectar una regulación menos estricta.

Lo mismo sucede con el derecho de optar por excluirse del proceso colectivo. Un derecho que –al menos en principio– solo tiene algún sentido en los sistemas de cosa juzgada *pro et contra*, ya que en los demás las acciones individuales, como regla, se mantienen vigentes aun si el legitimado colectivo es vencido en su pretensión⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ El modo en que se plantea esta cuestión es una simplificación. El tema admite variables de distinto orden y una discusión más profunda que no es posible desarrollar aquí.

⁴⁰⁵ SALGADO, J.M., *Certificación, notificaciones, pedido de exclusión y pretensión colectiva pasiva*, en SALGADO, J.M. (Director), *Procesos Colectivos y Acciones de Clase*, Ed. Cathedra Jurídica, CABA (2014), p. 300.

Lo que se debería procurar es buscar un equilibrio que permita, por un lado, obtener un adecuado enjuiciamiento colectivo del conflicto que maximice la economía de conocimiento y recursos y concluya con una decisión que alcance a la mayor cantidad de personas posibles con cualidad de cosa juzgada (logrando así cumplir acabadamente las finalidades de los procesos colectivos) y, por el otro, respetar las garantías de debido proceso y autonomía individual de los miembros ausentes que se ponen en riesgo debido al procesamiento colectivo del conflicto a través de un legitimado a quien –recordemos– tales personas no le dieron autorización expresa para actuar en su nombre.

VIII. EFECTIVIDAD DE LA TUTELA COLECTIVA

8.1. Medidas cautelares

En este campo debemos tener presente ante todo que la noción de “efectividad” que surge del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos *“requiere que las herramientas judiciales disponibles, incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares”*⁴⁰⁶.

Partiendo de esta premisa, encontramos en la tutela cautelar uno de los espacios que mayor compromiso y actitud proactiva demandan de los jueces en el marco de procesos colectivos. Sucede que aun cuando los lineamientos estructurales de la teoría cautelar permanecen vigentes en este campo, el tipo de conflicto en discusión incide sobre ellos y condiciona significativamente su abordaje y tratamiento en pos de adoptar un perfil adecuado que acompañe eficazmente esta nueva dimensión procesal⁴⁰⁷.

En este sentido, si bien tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora (tradicional requisitos de procedencia de este tipo de medidas, a los cuales se suma en muchos sistemas la “no afectación grave del interés público” cuando se pretende obtenerlas contra el Estado) siguen suponiendo conceptualmente lo mismo, el tipo de conflictos a desactivar y su caracterización inciden de forma singular en su análisis y ponderación.

⁴⁰⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31 (2004).

⁴⁰⁷ SUCUNZA, M. A., y VERBIC, F., *Medidas cautelares en procesos colectivos: ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias*, Abeledo-Perrot N° AP/DOC/1604/2014.

Sucede que el interés público involucrado en los procesos colectivos exige enfatizar el carácter preventivo y protectorio de las medidas cautelares, particularmente, por la potencialidad del daño y la magnitud de los intereses en juego. Esto es más claro todavía cuando se trata de procesos que involucran derechos fundamentales de tutela preferente, grupos desaventajados de personas o bienes colectivos.

Igualmente, cabe analizar y ponderar con cautela la exigencia de garantías para la traba de medidas consideradas procedentes. Si se trata de medidas cautelares urgentes y protectorias, sería conveniente no requerir caución alguna, pues la verosimilitud de que exista amenaza o trasgresión de un derecho colectivo, sumado a la acreditación de la necesidad imperiosa de que se modifique –o mantenga, en su caso– la situación para evitar concretos perjuicios, daría suficientes razones para que el Estado, a través del juez de la causa, tutele inmediatamente la situación sin presentar obstáculos que pudieran impedirlo.

Por otro lado, puede observarse en la práctica cómo la complejidad y novedad que asumen muchos de los conflictos colectivos litigados antes los tribunales de la región exigen acentuar la libertad de formas y el alcance de las medidas tradicionalmente receptadas en los códigos procesales. Ello así, puesto que las típicas medidas cautelares asegurativas se muestran muchas veces como un instrumento abiertamente insuficiente para proveer de una tutela efectiva y oportuna a los derechos del grupo.

Esa necesaria flexibilización y mayor libertad en el diseño de las mandas cautelares puede exigir en ciertos casos verdaderas obras de ingeniería, con órdenes complejas, complementarias (por ejemplo, de entrega de información pública), y sucesivas. Todo esto, desde ya, tiene como correlato un deber calificado de ponderación por parte del juez para garantizar la razonabilidad de tales medidas, tanto en lo que hace a su alcance como a su potencial incidencia sobre las partes del proceso y terceros ajenos al mismo.

Otras dos cuestiones a considerar, estrechamente vinculadas con la capacidad real del órgano judicial para evaluar y medir la proporcionalidad, utilidad, y razonabilidad de las mandas cautelares en este campo, son: (i) la posibilidad de implementar previamente al dictado de la medida una etapa probatoria sumaria, aun de oficio por parte del Juez, donde incluso pueda alterarse o relativizarse la carga de la prueba bajo ciertas condiciones cuando las circunstancias del caso lo ameriten; y (ii) la sustanciación, aunque sea también sumaria, de

la pretensión cautelar antes de proceder a su resolución. Esta última alternativa de escuchar a la contraparte antes de decidir sobre la procedencia de la medida cautelar rompe con la tradicional regla en la materia. Sin embargo, ya se encuentra prevista en distintos ordenamientos procesales nacionales y locales en diversos países de la región, especialmente para casos donde está involucrado el Estado.

Otro fenómeno, que merece atención en este campo, es el uso cada vez más asiduo de las medidas cautelares genéricas, de innovar o no innovar y de cautelares materiales que implican el adelantamiento total o parcial de la pretensión de fondo a título cautelar. Sucede que en muchos de los conflictos donde se procura proteger un determinado bien o derecho colectivo, esta clase de medidas no solo serán las más adecuadas sino –en ocasiones– las únicas con chances reales de garantizar la tutela pretendida.

En atención a la relevancia que tienen este tipo de medidas al alterar el marco del proceso de conocimiento como tradicionalmente lo conocemos, estas medidas deberían ser otorgadas en forma restringida y excepcional en casos de urgencia impostergable y amenaza concreta de daño irreparable, supuestos estos generalmente vinculados con ciertos bienes y derechos fundamentales como el medio ambiente, la salud, la vida, y el acceso a servicios públicos esenciales; entre otros.

Por cierto, esta es la postura que asume el Código Modelo cuando dispone en su art. 5, apartado II, Par. 1º, que el dictado de tales medidas no procederá *“si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante”*.

Por último, pero no por eso menos importante, resulta evidente que en este tipo de procesos el dictado de medidas cautelares cuyo impacto excede hondamente la situación individual de determinada persona, exige un mayor deber de motivación por parte del juez para sostener y dotar de legitimidad las resoluciones que se adopten.

Habida cuenta el interés público siempre involucrado en estos asuntos, ese deber de motivación calificado tiene que estar orientado a permitir –ya no solo a las partes sino a la sociedad toda– la posibilidad de comprender en forma clara y precisa cada uno de los argumentos que concurren para justificar las restricciones directas e indirectas de derechos que estas medidas cautelares suponen.

En este sentido no debemos olvidar que los procesos colectivos han acrecentado –o cuanto menos tienen el poder de hacerlo– las tensiones entre la administración pública y el Poder Judicial, así como también entre el Poder Judicial y distintos grupos de poder del mercado⁴⁰⁸. Contemplar esta realidad a la hora de definir el alcance de las medidas y de presentar acabadamente las razones que llevan a su dictado, tiene directa incidencia sobre la efectiva instrumentación y viabilidad de cada manda en cuestión.

8.2. Liquidación y ejecución de sentencias

Junto a las medidas cautelares, la liquidación y ejecución de las sentencias colectivas de condena configuran otro de los pilares centrales en los cuales se apoya cualquier sistema de tutela colectiva efectivo. En este campo, tanto las decisiones de tipo estructural como aquellas que condenan al pago de indemnizaciones o restitución de dinero percibido indebidamente presentan particularidades y desafíos muy diferentes de aquellos con los cuales se enfrentan los operadores ante sentencias de corte individual.

Ello encuentra causa, entre otras cosas, en el también diferente tipo de manda contenida en las decisiones colectivas, el grado de complejidad que involucra su ejecución o implementación y el nivel de involucramiento que tal ejecución o implementación exige de parte del Poder Judicial con respecto a la actividad cotidiana de la administración pública.

8.2.1. Implementación de sentencias colectivas estructurales

Las sentencias colectivas de tipo estructural, denominadas *structural injunctions*, encuentran su origen en el derecho estadounidense. Estas decisiones son caracterizadas como un “remedio híbrido” conformado por diversas mandas y herramientas de gestión diagramadas para la implementación de la solución específica acordada al caso,

⁴⁰⁸ Sobres este punto Berizonce ha sido muy claro al afirmar que “*el ejercicio del poder cautelar genérico así ampliado ha suscitado no solo resquemores doctrinarios, sino vivos recelos exteriorizados desde los poderes políticos del Gobierno, preocupados por el supuesto avance desmedido de los jueces, a quienes se imputa el avasallamiento de lo que consideran las potestades propias y excluyentes, sean del legislador, sean de la administración*” (BERIZONCE, R. O., *Tutela judicial efectiva y medidas de urgencia, ¿cogobierno judicial?*, en PEYRANO, J. (Director), *Medidas Cautelares*, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe (2010), p. 56).

debidamente seleccionadas y ensambladas por el juez dentro de una misma orden⁴⁰⁹.

Debemos tener presente que el principal propósito de las sentencias estructurales es alterar condiciones sociales amplias y generalizadas, principalmente –aunque no en forma exclusiva– por medio de la reforma del entramado de relaciones burocráticas e institucionales que se da al interior del Estado.

Se trata de mandas sumamente complejas que, además, generan un involucramiento profundo del Poder Judicial dentro del accionar administrativo. Este involucramiento limita la discreción del Poder Ejecutivo en muchos aspectos y –por razones bastante obvias– hace recrudescer el argumento contramayoritario que suele esgrimirse para obturar la actuación del Poder Judicial en el campo de los procesos colectivos⁴¹⁰.

En este sentido, es importante destacar que como regla general, en este tipo de sentencias los jueces no fijan analíticamente y por anticipado todas y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo por el demandado para satisfacer la pretensión actora reconocida en la decisión. En cambio, lo que suelen hacer es indicar los resultados que la ejecución debe producir y, a todo evento, establecer los criterios generales que deben respetarse al efecto.

En este tipo de decisiones, la elección de las modalidades para conseguir la finalidad especificada en la sentencia se deja librada a la discreción del obligado, o bien del órgano que opera por cuenta del tribunal actuante y en lugar del obligado. Así, la ejecución “*pasa a constituirse en una etapa de continua relación entre el tribunal y las partes, anudándose un vínculo de supervisión a largo plazo de instrucciones fijadas en términos más o menos generales, y en última instancia, de resorte de la administración obligada, aunque en el marco de una ‘micro institucionalidad’ diseñada por aquel*”⁴¹¹.

⁴⁰⁹ JOBIM, M. F., *Medidas Estructurantes*, Livraria do Avogado Editora, Porto Alegre (2013).

⁴¹⁰ Sobre la cuestión contramayoritaria en general he trabajado en VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Ed. Astrea, Buenos Aires (2007), pp. 266-288.

⁴¹¹ BERIZONCE, R. O., *Conflictos ambientales de interés público y principios procesales*, DJ 14/09/2011. Sobre esta idea de “micro institucionalidad”, ver LORENZETTI, R., *Justicia Colectiva*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2010), pp. 185-186. Ver también PEREIRA CAMPOS, S., *Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions*

Para poder ejecutar adecuadamente y en tiempo útil esta clase de decisiones, resulta necesario que los sistemas procesales de tutela colectiva provean al juez de herramientas muy particulares. Se trata de herramientas acordes con el nivel de complejidad que la implementación de este tipo de decisiones supone.

En estos casos puede hablarse de “implementación” de la compleja decisión tomada por el Poder Judicial, en lugar de la tradicional idea de “ejecución”. El primero de esos términos sugiere una prolongación en el tiempo, un proceso. Esto refleja mejor lo que sucede en la realidad, donde la sentencia colectiva de tipo estructural da comienzo a un nuevo proceso que inicia cuando termina la discusión que derivó en su dictado.

Implementar de manera oportuna, eficiente, y efectiva este tipo de decisiones es algo difícil de lograr sin herramientas adecuadas; e incluso con esas herramientas disponibles. Ello responde en gran medida a la complejidad del conflicto ventilado, el cual responde a su turno a la complejidad de la sociedad contemporánea y de los entramados institucionales que la componen, sus redes e intercomunicación, la velocidad en la transferencia de datos, la movilidad de personas, las recurrentes crisis económicas, y la ausencia de recursos públicos para enfrentar todas las necesidades; entre otros factores que hacen de la sociedad de hoy un espacio de relaciones extremadamente intrincado. Podemos afirmar que una adecuada implementación de esta clase de decisiones no puede escapar de dicha complejidad porque ellas nacen y se desarrollan en ese mismo contexto.

De este modo, la necesidad de innovar en este campo frente a las tradicionales herramientas del juez para ejecutar sentencias individuales, responde a tres características definitorias de las sentencias estructurales: (i) la complejidad que asumen las mandas allí contenidas; (ii) la continuidad en el tiempo que supone su ejecución; y (iii) la posibilidad de alteración de su contenido durante el trámite de implementación en función de la adecuada satisfacción de los derechos comprometidos. Todo esto hace que el ejercicio de un importante margen de discreción judicial sea imposible de evitar si es que se quiere obtener una decisión eficaz.

en América”, en OTEIZA, E. (Coordinador), *Procesos Colectivos. Class Actions*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2012), pp. 203, 231-232, 240-242.

En otro orden, además de las limitaciones procedimentales derivadas de la falta de normas adecuadas, debemos tener presente que dentro de este marco procesal el límite de los poderes de actuación del Poder Judicial frente a la administración pública constituye una de las dificultades más relevantes que conspiran contra la efectiva ejecución de las sentencias colectivas de tipo estructural.

Nos referimos a una dificultad de índole netamente política, la cual puede ser analizada y sopesada partiendo de diversos enfoques. Dos de ellos nos interesa remarcar especialmente. El primero es, el lugar que tienen los procesos colectivos en el contexto de la dinámica de poder estatal, donde pueden actuar como complemento de las autoridades públicas pero también como desafío directo a las mismas. El segundo es, la falta de legitimidad democrática directa del Poder Judicial para actuar en el campo colectivo, ya que como regla en nuestra región sus miembros no son elegidos por sufragio popular.

¿Qué herramientas, instrumentos e institutos pueden resultar de aplicación aquí? Entre los medios utilizados para implementar estas decisiones, la legislación comparada y la experiencia jurisprudenciales nos presentan, entre otros, mecanismos de supervisión judicial continua, instrumentos para reunir información, designación de expertos para cumplir ciertas actividades de gestión de la implementación, realización de mesas de diálogo y diversos mecanismos de resolución alternativa de conflictos articulados para operar al margen del propio proceso⁴¹².

Tomando a modo de ejemplo las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en las causas *Mendoza* (a la cual ya nos hemos referido) y *Verbitsky* (sentencia estructural que condenó a la Provincia de Buenos Aires a readecuar su sistema penitenciario y sus leyes procesales penales debido a la situación en que se encontraban las personas privadas de su libertad en dicha jurisdicción)⁴¹³, a continuación analizaremos con cierto detalle algunas de estas herramientas.

⁴¹² SCHUCK, P. H., *Suing Government: Citizen Remedies for Official Wrongs*, Yale University Press, New Haven (1983), p. 151; FISS, O. M., *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London (1978). Como un ejemplo para analizar la evolución en el uso de este tipo de mandas complejas ver, SCHANGLER, M., *Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders*, New York University Law Review, Vol. 81, p. 550 (2006).

⁴¹³ CSJN en autos *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*, sentencia del 3/5/2005, *Fallos* 328:1146.

8.2.1.1. *Delegación de la ejecución en otros jueces (o funcionarios especiales)*

En *Mendoza* la Corte delegó el proceso de ejecución de sentencia en un Juzgado Federal de Primera Instancia, a quien también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas de la inobservancia del programa establecido en la sentencia como objeto de cumplimiento por parte de los demandados. Tres fueron las razones que llevaron al tribunal a tomar esta decisión: (i) las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarían durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas en el programa; (ii) la necesidad de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debía manejar; y (iii) la búsqueda de un mayor grado de intermediación entre la magistratura y las partes.

Es interesante señalar que la Corte también se refirió expresamente a la importancia de evitar intromisiones e interferencias que impidan el cumplimiento del mandato e invistió al mencionado Juzgado de competencia exclusiva para intervenir en la revisión judicial de las decisiones administrativas de la Autoridad de Cuenca, un órgano interjurisdiccional creado para enfrentar el conflicto velado tras esta decisión. Por último, mediante dicha sentencia, el máximo tribunal creó también un mecanismo recursivo *ad hoc* según el cual: (i) las decisiones de la Autoridad de Cuenca son revisables ante los jueces de ejecución; y (ii) las decisiones de dichos jueces son impugnables directamente ante la CSJN por vía de recurso extraordinario federal.

Esta delegación de la ejecución de la sentencia en manos de otros jueces o bien de sujetos que operan en calidad de oficiales de la Corte (*officers of the Court* o *Special Masters*) es una práctica frecuente en los Estados Unidos de América y se encuentra en discusión en Brasil para ser implementada en una ley especial⁴¹⁴. Dichos oficiales de la Corte son funcionarios que operan bajo la dirección del tribunal que dictó la decisión, a quien deben acudir tanto para rendir cuentas de su actuación como para obtener la remoción de cualquier

⁴¹⁴ El art. 19 del Proyecto sobre "Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas" habilita al juez a nombrar un "comisario, perteneciente o no a la Administración" para la "implementación y acompañamiento" de las medidas que fueran necesarias a efectos de cumplir con las obligaciones impuestas por la decisión (sea esta anticipatoria o de mérito). Este comisario puede ser una persona física o jurídica y deberá informar al juez de todo aquello que este disponga. Sus honorarios serán fijados por el juez y el pago de los mismos estará a cargo del ente público responsable del cumplimiento de la sentencia en cuestión (art. 19, parágrafo 1°).

obstáculo que encuentren en el cumplimiento de su cometido y exceda los poderes que le fueron otorgados para actuar⁴¹⁵.

Si bien resulta un recurso de carácter excepcional⁴¹⁶, la utilización de estos auxiliares aparea importantes ventajas para los magistrados ya que –sin perder el poder de dirección y control sobre el asunto– impide que su tarea cotidiana resulte absorbida por la gestión que exige el cumplimiento de la decisión⁴¹⁷.

También cabe destacar que aun cuando en los Estados Unidos la figura nació como una creación jurisprudencial, luego fue positivizada en la FRCP 53 gracias a la reforma del año 2003. Allí se prevé la facultad de las Cortes de designar un *master* en diversas situaciones, entre las cuales se contempla la necesidad de atender procedimientos anteriores o posteriores al juicio cuando el tribunal u otros jueces de la jurisdicción no puedan hacerlo con eficacia y en tiempo adecuado⁴¹⁸.

Entre las tareas que han sido encargadas a la figura durante la etapa posterior al juicio –que son las que nos interesan en el contexto de la implementación de sentencias estructurales– se destacan las negociaciones de acuerdos conciliatorios, la realización de investigaciones y la administración de organizaciones⁴¹⁹. Este último rol es particularmente recomendado cuando el caso involucra una orden compleja y

⁴¹⁵ TARUFFO, M., *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, UTET, Torino (1990), Tomo VI, p. 392.

⁴¹⁶ *Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*.

⁴¹⁷ Tan es así que algunos han considerado la designación de este tipo de funcionarios como un verdadero mecanismo para “crear tiempo judicial” (en este sentido, BRAZIL, W. D.; - HAZARD, G. C. Jr., y RICE, P. R., *Managing Complex Litigation: A Practical Guide to the Use of Special Masters*, American Bar Foundation, Chicago (1983), Introduction).

⁴¹⁸ FRCP 53(a)(1); FRCP 53(a)(1)(C). Si bien las partes pueden sugerir candidatos para ocupar el rol de *master* u oficial de la Corte, el sujeto propuesto en tal carácter no debe tener relación con aquellas con entidad capaz de descalificarlo como juez (así como tampoco con los abogados, el proceso y los jueces intervinientes) [FRCP 53(b)(1); FRCP 53(a)(2)].

⁴¹⁹ Algunos consideran que los *post-trial masters* pueden dividirse en tres categorías según la función para la cual sean designados: (i) recomendar medidas a tomar luego de encontrar acreditada la responsabilidad del demandado; (ii) monitorear el cumplimiento de las órdenes del tribunal; y (iii) evaluar y administrar peticiones relativas al caso (FELLOWS, M. A., y HAYDOCK, R. S., *Federal Court Special Masters: a Vital Resource in the Era of Complex Litigation*, William Mitchell Law Review, Vol. 31:3, pp. 1269 y ss., pp. 1278-1279, disponible en <http://www.courtappointedmasters.org/> (última visita el 2/1/17).

la parte obligada a su cumplimiento ha demostrado ser reticente en su cumplimiento⁴²⁰.

En cuanto a la modalidad de actuación, salvo que la providencia de designación establezca lo contrario, el *master* se encuentra investido de competencia suficiente para regular los procedimientos y tomar todas las medidas que estime necesarias a efectos de cumplir justa y eficientemente los deberes encomendados. El límite de tales poderes está en las sanciones por *contempt of court* (desobediencia al tribunal), ya que el auxiliar del juez no cuenta con imperio para imponerlas y debe limitarse a sugerir tal proceder al juez de la causa⁴²¹.

A efectos de permitir el mejor cumplimiento de sus funciones y dotar de mayor flexibilidad a la figura, la norma determina que la providencia de designación –cuyo contenido, a su turno, establece detalladamente en el apartado (b)(2)– puede ser modificada en cualquier momento, previa notificación y oportunidad de audiencia para las partes⁴²². Una vez puesto en funciones, para lo cual debe prestar su consentimiento, el sujeto designado asume los deberes y las obligaciones propias de un oficial del juzgado y queda sujeto a iguales estándares éticos que los jueces.

En caso que el tribunal lo estime necesario, este funcionario deberá presentar informes sobre su actuación en el modo y con la periodicidad que fuera establecido en la providencia de designación. A su turno, las partes pueden objetar la conducta de la figura ante el juez de la causa, quien se encuentra habilitado para confirmar, modificar, revocar, o bien reenviar con instrucciones a fin de que aquella actúe en consecuencia⁴²³.

Como puede observarse, se trata de una herramienta sumamente interesante para enfrentar los problemas que encuentran los jueces a la hora de dotar de efectividad a las sentencias estructurales. De todas maneras, hay ciertas cuestiones que deben ser también tenidas en cuenta para evitar otro tipo de problemas.

⁴²⁰ Estos ejemplos son señalados como “familiares” por el Comité que reformó la norma en el año 2003. La recomendación de utilizar la figura para efectivizar *complex decrees* también fue tomada de las notas (ver *Advisory Committee Notes, 2003 Amendments*).

⁴²¹ FRCP 53(c).

⁴²² FRCP 53(b)(4).

⁴²³ FRCP 53(f); FRCP 53(g)(1) y (g)(2).

En este orden, debería ponerse especial énfasis en generar suficiente intermediación entre el funcionario designado y las partes. Igualmente, no debería olvidarse que los tribunales pueden delegar funciones pero no responsabilidad y, por tanto, resulta indispensable que junto con la delegación se prevean mecanismos de supervisión y control adecuados a manos del responsable primario de que la sentencia sea cumplida (esto es, el tribunal que la dictó)⁴²⁴.

Otra variable a considerar son los costos que insumiría la intervención de un nuevo sujeto en el proceso⁴²⁵. Respecto de este punto, estimo que el Estado podría estar en condiciones de subsidiar la intervención de un *master* mediante la reinversión de una parte de los recursos que se ahorran en el sistema gracias al tratamiento colectivo del asunto. Asimismo, podrían utilizarse los fondos especiales que algunas legislaciones (como las de Argentina y Colombia) ya prevén en el campo de la tutela colectiva.

8.2.1.2. *Astreintes* y contempt of court

La aplicación de multas como mecanismo para obtener el cumplimiento de una decisión judicial es una herramienta bien conocida en la región. Estas multas encuentran su origen en el derecho francés y han sido receptadas por la mayoría de los ordenamientos procesales. En general, se trata de condenas accesorias, condicionales y discrecionales impuestas por el juez a efectos de conminar al deudor a cumplir con lo ordenado en su decisión. De tal modo, sirven para proteger tanto el interés público por el respeto debido a la autoridad de los magistrados, como el interés privado del interesado en el cumplimiento de la prestación⁴²⁶.

⁴²⁴ La experiencia de la causa *Mendoza*, que terminó en la separación del juez de la ejecución y una investigación en curso por sospechas de corrupción, no debe ser olvidada.

⁴²⁵ Este es un aspecto especialmente considerado en el sistema estadounidense. Allí, a la hora de decidir sobre la designación de la figura, se le exige al juez tomar en consideración los costos involucrados en su actuación ya que el tribunal debe proteger a las partes contra los gastos irrazonables y las demoras en la tramitación del pleito que pudieran suscitarse con motivo del nombramiento del *master* [FRCP 53(a)(3)].

⁴²⁶ STORME, M., *L' 'astreinte' nel diritto belga: sei anni di applicazione*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. (1986), pp. 602 y ss.; GONCALVES TESSLER, L., *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2004), pp. 375-381; MARINONI, L. G., *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, 3ª edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2003), p. 114-119, 139-145, 208 y ss.

En lo que aquí especialmente nos interesa, las astreintes fueron utilizadas por la Corte argentina en el contexto de la sentencia estructural dictada en la causa *Mendoza*. Hay dos cuestiones para destacar sobre esta experiencia y el modo en que se produjo su utilización.

La primera de ellas es que fueron impuestas a modo eventual en la propia decisión de mérito sobre el asunto, a pesar de que por lo general su aplicación se produce recién después de haberse verificado algún incumplimiento.

La segunda es que tales multas no fueron impuestas al Estado en cuanto tal, sino específicamente en cabeza del funcionario responsable del órgano obligado a cumplir (esto es, el presidente de la Autoridad de Cuenca). Esta modalidad de imposición personal de las multas se encuentra en pleno debate en Argentina, donde la reciente Ley N° 26.854 de medidas cautelares contra el Estado estableció en su art. 9 que los jueces no podrán “*imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias*”.

En Brasil, estas sanciones pecuniarias han jugado tradicionalmente un papel importantísimo en materia ambiental para presionar al deudor a cumplir con el mandato contenido en la sentencia⁴²⁷. Allí también se encuentra en discusión el tema. El proyecto sobre principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas al que hemos hecho alguna referencia ya, establece en su art. 21 que en caso de incumplimiento de la sentencia, los funcionarios responsables podrán ser condenados solidariamente con el Estado a pagar las multas coercitivas previstas en el Código de Proceso Civil (sin perjuicio de otras responsabilidades)⁴²⁸.

La norma proyectada es terminante en el sentido que, una vez que el juez decide aplicarlas, las multas deben ser impuestas en forma personal. No obstante, parecería conveniente dejar en manos del juez cierto margen de discreción a fin de evaluar si el incumplimiento obedece a un capricho del funcionario o a razones que escapan a su poder de decisión. De darse este último supuesto, no parece sensato

⁴²⁷ Cf. GONCALVES TESSLER, L., *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2004), pp. 375-381; MARINONI, L. G., *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, 3ª edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2003), p. 114-119, 139-145, 208 y ss.

⁴²⁸ Proyecto de Ley N° 8.058 (2014), Diputado Sr. Paulo Teixeira.

que las multas deban imponerse en cabeza de quien, por más que quiera, no puede cumplir con lo que se le está requiriendo⁴²⁹.

Por último, hay que considerar que esta clase de medidas coercitivas encuentra también antecedentes de interés en el sistema federal estadounidense, el cual habilita la aplicación de multas en dinero y/o el encarcelamiento del demandado por encontrarse incurso en la figura del *contempt of court* (que en sede civil asume el nombre de *civil contempt*). En el campo de litigios de reforma estructural, la utilización de este instituto obedece en gran medida a dos motivos.

Por un lado, a la imposibilidad de crear un repertorio completo de medios de ejecución directa (lo cual –a su turno– se explica por la gran variedad de formas que pueden asumir las *structural injunctions*)⁴³⁰. Por otro lado, al hecho de ser considerado como el instrumento más adecuado para garantizar el cumplimiento de los llamados *non-monetary judgments* (esto es, sentencias de contenido no patrimonial)⁴³¹.

Con respecto al encarcelamiento por desobediencia al tribunal (facea “penal” del instituto), vale destacar que no configura una pena sino una medida de coerción⁴³². Se considera que el sujeto está bajo el poder disciplinario del juez, quien ejecuta por sí y ante sí la sanción que estima razonable para constreñir al cumplimiento de sus decisiones⁴³³. No se encarcela al deudor por el solo hecho de incumplir, sino por contravenir las órdenes del tribunal. En virtud de ello, se sostiene que la parte carga en su propio bolsillo las llaves de la prisión, toda vez que el cumplimiento de lo ordenado purga la situación y resulta en su inmediata liberación⁴³⁴.

⁴²⁹ Cf. BERIZONCE, R. O., y VERBIC, F., *Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)*, L. L. del 4/7/13.

⁴³⁰ TARUFFO, M., *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. (1988), pp. 142 y ss.

⁴³¹ SILVESTRI, E., *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Riv. Dir. Civ. (1988), pp. 539 y ss.

⁴³² Especialmente en esta faceta de tipo represiva, el mecanismo cumple una doble función desalentadora de conductas ilícitas en la medida que influye sobre la conducta del deudor y sobre el resto de la sociedad (*specific y general deterrence*, en palabras de FISS, O. M., *The Civil Right Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London (1978), p. 34-35).

⁴³³ COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, reimpresión, Ed. Depalma, Buenos Aires (1997), pp. 463-464.

⁴³⁴ BURNHAM, W., *Introduction to the law and legal system of the United States*, West. Publishing Co., St. Paul, Minnesota (1995), p. 254; ver también FISS, O. M., *The Civil Right Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London (1978), p. 34.

En Argentina hay un mecanismo similar utilizado por los tribunales con cierta regularidad y que tiende a generar presión en igual sentido: el envío de los antecedentes a la justicia penal para que evalúe la posible comisión del delito de desobediencia⁴³⁵. Existen, sin embargo, grandes diferencias con la figura del *contempt of court*.

Entre estas se destacan las siguientes: (i) el instituto estadounidense no requiere la intervención de otro juez, ya que se considera un poder implícito en la función jurisdiccional de todos los magistrados; y (ii) como ya señalamos, en el sistema estadounidense el cumplimiento purga la situación y dispara la inmediata liberación del incumplidor –lo cual no sucede en caso de configurarse el delito penal en Argentina–.

8.2.1.3. Mecanismos de control y participación ciudadana

Junto a la mencionada delegación de competencias en pos de lograr una mayor eficiencia en la ejecución de la sentencia, la Corte Suprema Argentina estableció en *Mendoza* un sistema de monitoreo y control sobre la implementación de la decisión con base en dos pilares fundamentales.

Por un lado, el tribunal designó a un organismo público (la Auditoría General de la Nación) a fin de controlar específicamente la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de todo lo que tuviera que ver con el programa a cumplir. Asimismo, autorizó al juez de la ejecución para presentar todos los cuestionamientos que considere necesarios con relación al control presupuestario y a su ejecución.

Por el otro, con el declarado objeto de fortalecer la participación ciudadana en este proceso, el tribunal confirió al Defensor del Pueblo de la Nación el carácter de coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las diversas ONGs presentadas como terceros en la causa. Este cuerpo tiene por objeto: (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información actualizada; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro del propósito encomendado.

⁴³⁵ Art. 239 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

A esta altura de los tiempos, es fundamental contar con una participación más intensa de los ciudadanos a fin de obtener una mejor gestión de la cosa pública, lo cual dispara inmediatamente la necesidad de pensar en instrumentos adecuados que habiliten tal participación. Esto es especialmente importante en el seno de un Poder Judicial que tradicionalmente ha sido visto como un escenario ajeno a este fenómeno⁴³⁶.

Los procesos colectivos tienen la capacidad necesaria para generar –aun en ausencia de normas claras de debate como sucede en nuestra región– un espacio de resonancia social propicio para el desarrollo de la participación ciudadana en el procedimiento de toma de decisiones públicas⁴³⁷. Incorporar a la ciudadanía para que colabore en el control de decisiones estructurales que atañen directa o indirectamente a su vida cotidiana, puede ser un buen recurso para dotar a las mismas de mayor legitimidad política frente a la sociedad.

8.2.1.4. Mesas de diálogo

Al resolver la causa *Verbitsky*, entre otras cuestiones, la CSJN exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, así como también su legislación de ejecución penal y penitenciaria, para que comulguen con los estándares constitucionales e internacionales.

Evidentemente, una reforma del género mal podía ser resuelta en el marco de la propia sentencia. Las dificultades para implementar esta decisión eran profundas, ya que estaban involucradas modificaciones legislativas y administrativas que requerían la colaboración de los distintos departamentos de Estado de la Provincia de Buenos Aires.

Consciente de todo esto, la Corte ordenó al Poder Ejecutivo local que, por intermedio de su Ministerio de Justicia, *“organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como Amicus Curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables”*⁴³⁸.

⁴³⁶ BERIZONCE, R. O., *La participación popular en la justicia*, J. A. 1988-III-725.

⁴³⁷ MARINONI, L. G., *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, 3ª edición, Ed. Revista dos Tribunais, San Pablo (2003), p. 106.

⁴³⁸ Considerando 26° del voto de la mayoría (luego, punto 8 de la parte dispositiva de la sentencia). Inmediatamente a continuación, al inicio del considerando 27°, la

Igualmente, requirió la elevación de informes periódicos (cada sesenta días), para evaluar los avances obtenidos en el marco de dicha mesa de diálogo. Sobre esta particular modalidad de ejecución, orientada a obtener progresos consensuados en el marco de un diálogo entre funciones de Estado, cabe tener presente lo que señala Fillipini en cuanto a que *“debe extremarse la atención sobre ese foro a fin de que su trabajo resulte productivo”*⁴³⁹.

8.2.2. Liquidación y ejecución de sentencias colectivas que condenan al pago de sumas de dinero

Como regla, este tipo de sentencias son mucho menos complejas que las de tipo estructural. Sucede que en estos supuestos el Poder Judicial no avanza sobre otros poderes del Estado más que estableciendo su responsabilidad y ordenando la restitución o el pago de una suma de dinero a favor del grupo de personas afectadas.

No encontramos aquí, por tanto, un involucramiento fuerte del Poder Judicial en la marcha cotidiana de la administración pública (salvedad hecha del impacto económico que puede generar la condena). En consecuencia, tampoco es fuerte en este contexto de ejecución el argumento contramayoritario. Sin embargo, podemos encontrar otro tipo de problemas que son propios del contenido de la manda allí establecida y que difieren de lo que sucede con las sentencias individuales tradicionales.

Estos problemas específicos son de diverso orden. Uno de ellos deriva de la posibilidad que brinda el marco procesal colectivo para dividir el proceso de responsabilidad civil por daños y perjuicios en etapas, dictando primero una sentencia de condena genérica y dejando para una eventual etapa procesal la liquidación y ejecución de dicha con-

CSJN señaló que *“a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no juzgable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias”*.

⁴³⁹ Ver la crítica realizada por dicho autor en FILLIPINI, L., *La ejecución del fallo Verbitsky. Una propuesta metodológica para su evaluación*, disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf (última visita el 2/1/17), p. 11 (señalando que *“los ‘informes periódicos’ que la Corte pide también quedan un poco a la deriva, pues la Corte no ha especificado demasiado qué tipo de información requiere y ha dejado de algún modo librada a los actores la definición de su contenido”* y que *“ha presenciado sin mayor reacción los altibajos del trabajo de la Mesa de Diálogo. No hizo nada cuando dejó de funcionar y no hizo nada para impulsar su reactivación”*).

dena. Esto es, juzgar de manera concentrada la cuestión común y dejar para una eventual etapa las cuestiones individuales de cada uno de los miembros del grupo (tipo de daños, alcance de la indemnización, monto de la restitución).

Al no haber vulneración de la garantía del contradictorio, nada impediría que el legitimado colectivo –en la medida que sea un representante adecuado– pueda obtener una sentencia de condena genérica sobre la cuestión común a todo el grupo afectado. En este sentido, es muy relevante la experiencia generada en torno al Código de Defensa del Consumidor brasileño para los procesos en tutela de derechos individuales homogéneos⁴⁴⁰.

La liquidación y ejecución de esta condena genérica, a su turno, puede darse en forma individual o colectiva. En el primer supuesto, exigirá llevar adelante una multiplicidad de procesos individuales regulados por las pautas tradicionales de discusión, donde habrá que determinar el alcance del daño sufrido, la relación de causalidad individual y la pertenencia del reclamante al grupo afectado (beneficiario por la decisión colectiva).

Esta es la solución prevista por el Código Modelo en su art. 23, el cual dispone lo siguiente: *“Art. 23. Liquidación y ejecución individuales.- La liquidación y la ejecución de la sentencia podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados para la acción colectiva. Parágrafo único –En el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante, corresponderá a éste probar, tan solo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización”*.

En el segundo supuesto (liquidación y ejecución colectiva), las reglas tradicionales ya no bastan y es necesario que el juez utilice herramientas y procedimientos especiales que permitan efectivizar la decisión. Entre ellas cabe nuevamente mencionar las establecidas por el Código Modelo para nuestra región, aun cuando en el contexto de dicho modelo están pensadas como una solución eventual que solo será utilizada cuando, dictada la sentencia de condena colectiva, los miembros del grupo no concurren a liquidar y percibir de modo individual sus acreencias en número suficiente de acuerdo con la gravedad del daño causado.

⁴⁴⁰ Art. 95 del CDC brasileño. Ver GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, UNAM, México (2004), pp. 62-63.

En esta materia se dispone allí lo siguiente: “Art. 27. *Liquidación y ejecución por los daños globalmente causados - Transcurrido el plazo de un año sin la comparecencia de los interesados en número representativo y compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 3 promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados. Parágrafo único - El valor de la indemnización será fijado en atención al daño globalmente causado, que será demostrado a través de todas las pruebas en derecho admitidas. Si fuere difícil o imposible la producción de pruebas, en razón de la extensión del daño o de su complejidad, la cuantía de la indemnización será fijada por peritaje arbitral*”.

Además de la condena genérica de responsabilidad, en el marco de un proceso colectivo, puede darse el supuesto que se dicte una sentencia de condena estableciendo –al mismo tiempo– una suma global para ser restituida o abonada a los miembros del grupo o bien determinando las acreencias individuales de los afectados. Al igual que con respecto a la sentencia de condena genérica, en estos casos la liquidación y ejecución puede darse en clave individual o colectiva.

En el primer caso (liquidación individual) aplican las reglas del proceso tradicional como ya señalamos. En el segundo, la efectivización de la decisión supone todavía una etapa (colectiva) más, para la cual es necesario echar mano a ciertas herramientas tales como:

- (i) Fondos especiales similares a los previstos en la Ley General del Ambiente argentina⁴⁴¹, el Código Modelo⁴⁴² o la ley colombiana⁴⁴³;
- (ii) Procedimientos específicos de distribución de fondos, como los establecidos en el marco de diversos acuerdos transaccionales celebrados y homologados en causas colectivas;
- (iii) Acudir a soluciones aún más específicas como la propuesta sobre este punto por el Código Modelo, que en su art. 22 establece: “Art. 22. *Sentencia de condena.- En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados así como el deber de indemnizar.*

Par. 1º.- Siempre que fuere posible, el juez determinará en la propia sentencia colectiva el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo.

⁴⁴¹ Art. 34 LGA “Fondo de Compensación Ambiental”.

⁴⁴² Art. 8 CM “Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos”.

⁴⁴³ Arts. 70 a 73 de la Ley N° 472/98 (Acciones populares y de grupo en Colombia).

Par. 2°.- Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.

Par. 3°.- El miembro del grupo que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación”.

Es importante subrayar que la liquidación y ejecución colectiva de la decisión (sea de condena genérica o de condena que establezca monto a abonar; en este último caso sea el monto global o individualizado), se presenta en determinadas circunstancias como la única alternativa posible.

Entre tales circunstancias, cabe mencionar los casos en que la prueba individual del daño resulta sumamente costosa, dificultosa de administrar o bien de producir por parte de los damnificados. Asimismo, los supuestos en que resulta muy difícil o imposible localizar a los miembros de la clase (ya no solo por una cuestión de costos sino porque puede desconocerse quiénes son parte de la misma).

Por último, las situaciones en que los costos que insumiría localizar a los miembros de la clase, comunicarse con ellos, evaluar la prueba que aporten y distribuir los fondos resultantes son demasiado altos y, por tal motivo, la compensación final puede convertirse en algo prácticamente simbólico cuando no antieconómico.

En el contexto de todas estas situaciones, el juez debe tener la posibilidad de liquidar colectivamente la condena y lograr una ejecución y distribución de los fondos que, siguiendo la experiencia estadounidense, puede denominarse como *fluida*.

Sea que sigamos la línea trazada por la jurisprudencia estadounidense en torno al concepto de *cy pres distribution* o *fluid recovery*, o bien que desarrollemos una línea propia en la región que responda a nuestra idiosincrasia, es fundamental que el juez cuente con la potestad de disponer discrecionalmente de la indemnización para poder invertirla de manera que beneficie –del modo más directo posible, aunque ya no sea individualmente– a los miembros del grupo afectado⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ La Ley de Defensa del Consumidor argentina, por ejemplo, ha receptado algunas de estas cuestiones en su reforma del año 2008. En este sentido el art. 54 de la Ley

IX. BALANCE Y PROSPECTIVA

En el contexto del derecho convencional que gobierna nuestra región, y teniendo en consideración las enormes ventajas que –según vimos– aparece un sistema adecuado de procesos colectivos, todo indica que el fenómeno debería desarrollarse con total amplitud y profundidad, sin obstáculos que impidan abordar conflictos con estos instrumentos. Sin embargo, esto no necesariamente es así en cada uno de los Estados debido a tradicionales resistencias que impiden avanzar como se debería en la regulación de la temática.

Las resistencias frente a este tipo de instrumento procesal vienen tanto del sector privado como del sector público. Sucede que aun cuando los procesos colectivos operan en muchas ocasiones como un aliado del poder público en el control de los abusos de las empresas, complementando así en gran medida el poder de policía que debe ejercer el Estado⁴⁴⁵, lo cierto es que –al mismo tiempo– funcionan también para asegurar derechos fundamentales de los ciudadanos frente al propio Estado, desafiando en tal sentido a la misma autoridad pública que debe propender a su regulación⁴⁴⁶.

Tomando en consideración lo expuesto, puede advertirse que este tipo de procesos son mucho más que una herramienta para resolver conflictos en nuestra región, erigiéndose como una relevante modalidad de empoderamiento ciudadano. El problema con ello es que al

N° 24.240, 3er párrafo, texto según Ley N° 26.361, dispone lo siguiente: “*Acciones de incidencia colectiva (...) Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado [fluid recovery]. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda [condena genérica con liquidación y ejecución individual]*”.

⁴⁴⁵ Sobre los diversos factores que limitan los alcances del poder público para controlar de modo efectivo los poderes fácticos del mercado en el campo del consumo, espacio paradigmático del desarrollo de este tipo de procesos, ver ISSACHAROFF, S., *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience*, 34 Tex. Int'l L. J. 135.

⁴⁴⁶ Una explicación muy clara de este doble rol de las acciones de clase en términos de complemento y desafío de la autoridad estatal puede verse en ISSACHAROFF, S., *Acciones de Clase y Autoridad Estatal*, RDP 2013-1.

poder, por lo general, no le gusta que lo controlen⁴⁴⁷. En este punto parecen converger el interés estatal y el lobby de las grandes corporaciones, generando resistencias que concurren contra el desarrollo del derecho en este campo⁴⁴⁸.

Más allá de eso, podemos sostener que en nuestra región es cada vez más clara la existencia y consolidación de la garantía de debido proceso legal colectivo, así como también algunos de sus contornos. En este sentido, consideramos que se trata de una garantía fundamental que, cuanto menos, exige a los Estados miembros del Sistema Interamericano:

- (i) Asegurar el efectivo acceso de la población a la discusión y solución de conflictos colectivos en sede judicial, especialmente cuando se trata de ciertos grupos sociales tradicionalmente relegados de la discusión institucional o débilmente protegidos;
- (ii) Determinar tempranamente en el proceso cuáles serán las reglas del juego a fin de que las partes puedan conocer si la discusión del conflicto se producirá en clave individual o colectiva y de que los jueces puedan tomar las medidas necesarias para asegurar la vigencia del debido proceso de todos los interesados en el litigio;
- (iii) Cuidar que más allá de la habilitación legal existente para actuar en nombre de grupos de personas (legitimación en abstracto) se configure en cada caso una representación del grupo adecuada y acorde con los intereses en disputa (legitimación en concreto), controlada y supervisada por el juez de la causa en atención a las particularidades que presentan los procesos colectivos de tipo representativo;
- (iv) Contemplar modalidades de respeto a la autonomía y debido proceso individual de las personas involucradas en tales conflictos y ausentes en el debate, sea mediante una cosa juzgada colectiva que no pueda afectarlas en caso de ser adversa a sus intereses o bien mediante el aseguramiento de condiciones de posibilidad para ejercer su derecho a excluirse del proceso;

⁴⁴⁷ FOUCAULT, M., *El poder, una bestia magnífica*, Siglo XII Editores, Buenos Aires (2012).

⁴⁴⁸ En términos generales al respecto, ver OTEIZA, E., *Latin America as a cultural space: Trends and tensions among Nation-States and the international community as regards reforms*, General Report, XV World Congress of Procedural Law, Istanbul, (may 2015), inédito (trabajando sobre los procesos de reforma a la justicia civil en Latinoamérica y señalando en términos generales que “*existen intereses políticos y económicos que afectan las políticas públicas en varios frentes, particularmente en lo que refiere a la justicia*”).

- (v) Lograr un debate amplio, público, robusto e informado sobre el conflicto, el cual debería incluir el análisis del impacto económico de las decisiones a tomar por el Poder Judicial;
- (vi) Establecer un contexto de discusión que (esto es esencial) debe orientarse hacia la oralidad con efectiva intermediación entre el juez, las partes, los expertos y los elementos probatorios pertinentes;
- (vii) Permitir e incentivar la amplia difusión hacia la sociedad de toda información relativa a la existencia y evolución de este tipo de procesos, a través de un lenguaje claro y sencillo, así como promover la capacitación continua de sus operadores como único modo posible de permitir un adecuado desarrollo de este instrumento procesal;
- (viii) Sancionar los abusos procesales en que pueden incurrir tales operadores;
- (ix) Asegurar la efectividad de la tutela colectiva mediante la regulación de mecanismos de incentivo adecuados, medidas cautelares, provisionales y urgentes, y también instrumentos idóneos para implementar las muchas veces complejas decisiones en que derivan este tipo de procesos.

Son numerosas las iniciativas de reforma procesal civil que se están desarrollando en nuestra región, tanto en lo que hace al proceso individual como –si bien en menor medida– en lo que respecta al proceso colectivo. En el marco del declarado objetivo del CEJA de colaborar y consolidar con tales iniciativas, es que se inscribe este trabajo.

El objetivo principal que perseguimos es avanzar hacia un proceso civil (individual y colectivo) más comprensible, ágil, eficiente, y efectivo; accesible para el ciudadano, menos costoso, y que obtenga mejores resultados que los actuales dispositivos procesales contemplados en nuestros países. Dispositivos que en el campo de la tutela colectiva continúan pivotando, en su mayoría, sobre reglas de debate pensadas hace cientos de años para resolver conflictos de otras características y proporciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. (2007). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 9-33.
- ABRAMOVICH, V. (2006). Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales. En V. ABRAMOVICH, A. BOVINO, & C. COURTIS, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local* (págs. 218-219). CELS.
- ABRAMOVICH, V., & PAUTASSI, L. (2010). *La mediación de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto SRL.
- AGUIRREZABAL, M. (2010). La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección al consumidor. *Revista Ius et Praxis*, 99-124.
- ALEXANDER, J. (2 de 1 de 17). *Classactionalexander.pdf*. Obtenido de Law duke edu: <http://law.duke.edu/grouplite/papers/classactionalexander.pdf>
- ARENHART, S. C. (2012). O procesos coletivo no direito brasileiro atual. En E. OTEIZA, *Procesos Colectivos. Class Actions* (págs. 479-486). Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- ARENHART, S. C. (2013). *A tutela coletiva de intereses individuais*. San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. (1984). *Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*. *Temas de Direito Processual*, 193.
- BARRA, R. C. (1993). *Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial*. ISBN 84-470-0281-0, 2233-2258.
- BENEDETTI, M., & SÁENZ, M. J. (2016). *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- BERGALLO, P. (2005). *Justice and experimentalism: judicial remedies in public law litigation in Argentina*. SELA (pág. 44). New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository.
- BERIZONCE, R. O. (1988). *La participación popular en la justicia*. J. A., 725 y ss.

- BERIZONCE, R. O. (2008). Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas. *Revista de Derecho Procesal*, 39.
- BERIZONCE, R. O. (2010). Tutela judicial efectiva y medidas de urgencia ¿cogobierno judicial? En J. PEYRANO, *Medidas cautelares*, Tomo I (pág. 56 y ss.). Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- BERIZONCE, R. O. (2011). Conflictos ambientales de interés público y principios procesales . DJ.
- BERIZONCE, R. O. (2011). Los conflictos de interés público. *Revista de Derecho Procesal*.
- BERIZONCE, R. O. (2013). Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática. V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal. La Plata: Asociación Argentina de Derecho Procesal.
- BERIZONCE, R. O., & VERBIC, F. (2013). Control judicial de políticas públicas. *Revista La Ley*, 778.
- BURBANK, S., FARHANG, S., & KRITZER, H. (2011). Private enforcement of statutory and administrative law in the United States. XIV Congreso Mundial de Derecho Procesal. Heidelberg.
- BURNHAM, W. (1995). *Introduction to the law and legal system of the United States*. Minnesota: West Publishing Co.
- CALVO, E., & ROSBACO, F. (2003). la representatividad adecuada en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. X Jornadas Bonarense de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral, Constitucional y Administrativo. Junín.
- CAPALLI, R. B., & CONSOLO, C. (1992). Class actions for continental Europe? A preliminary inquiry. *6 Temp. Int'l & Comp. L. J.*, 217.
- CAPPELLETTI, M. (1979). Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution. *25 Buffalo Law Review*, 643.
- CAPPELLETTI, M., & GARTH, B. (1983). *El acceso a la justicia* (traducción de Samuel Amaral). La Plata: Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata.
- CARRÍO, G. (1968). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- CHASE, O. G. (2002). American "exceptionalism" and comparative procedure. *50 Am. J. Comp. L.*, 277.
- CHAYES, A. (1976). The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review* Vol. 89, 1281.

- COMGLIO, L. P., FERRI, C., & TARUFFO, M. (2006). *Lezioni sul processo civile*. Tomo I. Bologna: Ed. IlMulino.
- COUTURE, E. J. (1997). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ed. Depalma.
- CRUZ, A. (2013). *Las acciones colectivas en México*. En L. GONZÁLEZ, & J. MORALES, *Acciones Colectivas. Reflexiones desde la Judicatura* (pág. 135). México: Ed. Escuela Judicial.
- CUETO RÚA, J. (1988). *Acerca del "amicus curiae"*. *Revista La Ley*, 721 y ss.
- DAMASKA, M. R. (1986). *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*. New Haven & London: Yale University Press.
- DE LOS SANTOS, M. (2005). *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*. XXIII Congreso de Derecho Procesal. Mendoza.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (1984). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- DIDIER Jr., F. (2008). *Cosa juzgada colectiva: Comentario al art. 33 del CMPC*. En A. GIDI, & E. FERRER, *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo Iberoamericano* (págs. 343-350). México: Ed. Porrúa- UNAM.
- DIDIER Jr., F. (2008). *De las acciones contra un grupo, categoría o clase. Comentario al art. 35 del CMPC*. En A. GIDI, & E. FERRER, *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo Iberoamericano* (págs. 369-377). México: Ed. Porrúa- UNAM.
- DIDIER JR., F. (2016). *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções*. *RePro* N° 256, 209-218.
- DIDIER JR., F., & ZANETTI JR., H. (2014). *Curso de direito processual civil, 9ª edición, tomo IV Processo Coletivo*. Salvador de Bahía: Editora Jus Podivm.
- DO PASSO CABRAL, A. (2007). *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. *RePro* N° 147, 123-146.
- DO PASSO CABRAL, A. (2015). *Il procedimento-modello (Musterverfahren) tedesco e gli strumenti di risoluzione di processi ripetitivi*. *Revista de Processo Comparado* N°1, 45-61.

- DUCE, M., MARÍN, F., & RIEGO, C. (2011). Reforma a los procesos civiles orales: Consideraciones desde el debido proceso y la calidad de la información. En S. PEREIRA, *Modernización de la justicia civil* (pág. 178). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- ELY, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza*. Santa Fe de Bogotá: Ed. Siglo del Hombre.
- FEDERAL JUDICIAL CENTER. (2004). *Manual for complex litigation*. Commerce Clearing House, 2-711.
- FELLIPINI, L. (02 de enero de 2017). Documentos: Cels ORG. Obtenido de Cels ORG: http://www.cels.org.ar/common/documentos/filippini_leonardo.pdf
- FISS, O. M. (1978). *The civil right injunction*. Bloomington & London: Indiana University Press.
- FISS, O. M. (2004). As formas de justicia . En O. M. FISS, *Um novo processo civil* (traducción de Godinho, D. P; Medeiros, M.) (pág. 64). San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- FISS, O. M., & BRONSTEEN, J. (s.f.). The class action rule. *Notre Dame L. Rev.* Vol 78:5, 1423.
- FLEMING, J., HAZARD G., & LEUBSDORF, J. (2001). *Civil procedure* (fifth edition). New York: Foundation Press.
- FOUCAULT, M. (2013). *El poder, una bestia magnífica*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- FRIEDHENTAL, J., KANE, M., & MILLER, A. (1985). *Civil procedure*. Minnesota: Ed. West Publishing Co.
- GARGARELLA, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. España: Ed. Ariel.
- GARGARELLA, R. (1997). la dificultad de defender el control judicial de las leyes. *ISONOMÍA* N° 6.
- GARGARELLA, R. (2004). *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Ed. Capital Intelectual.
- GARGARELLA, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid: Katz Editores.
- GARGARELLA, R. (2014). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Ediciones Siglo XXI.

- GÉLINAS, F., & CAMION, C. (2014). Efficiency and values in the Constitution of Civil Procedure. *Int'l Journal of Procedural Law*, 202-216.
- GELLI, M. A. (2003). Las fuentes del 'poder' de la Corte Suprema. *Revista La Ley*, 1317 y ss.
- GIANNINI, L. J. (2005). Fundamentos de la tutela colectiva de los derechos. XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Mendoza.
- GIANNINI, L. J. (2007). La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos. La Plata: Librería Editora Platense.
- GIDI, A. (2003). Class actions in Brazil. A model for civil law countries. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 51, Nº 2.
- GIDI, A. (2003). Las acciones colectivas en Estados Unidos. En A. GIDI, & E. FERRER, *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada*. México: Editorial Porrúa.
- GIDI, A. (2004). Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. México: UNAM.
- GIDI, A. (2007). A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. *Revista dos Tribunais*, 17.
- GIUSSANI, A. (1996). *Studi sulle class actions*. Padova: CEDAM.
- GONCALVES, L. (2004). *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente*. San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- GONZÁLEZ, P., REYES, N., & ZÚÑIGA, M. (2016). La doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- GUAYACÁN, J. C. (2005). La acción popular , la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica . *Revista de Derecho Privado* Nº 9, 35-56.
- GUAYACÁN, J. C. (2013). Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano . Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- HAZARD, G. C., & TARUFFO, M. (1993). *American civil procedure*. New Haven: Yale University Press.

- HENSELER, D. R. (s.f.). Revisiting the monster: New myths and realities of class actions and other large scale litigation. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 179.
- HENSLER, D. R. (2000). *Class action dilemmas: Pursuing public goals for private gain*. California: RAND Institute.
- HOLMES, S., & SUNSTEIN, C. R. (2012). El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- HOYOS, A. (1996). *El debido proceso*. Bogotá: Ed. Temis.
- ISSACHAROF, S. (2013). Acciones de clase y autoridad estatal. *Revista de Derecho Procesal*.
- ISSACHAROFF, S. (2012). Fairness in aggregation. *9 US-China L. Rev.*, 477 y ss.
- ISSACHAROFF, S. (2014). *Principios del derecho de los procesos colectivos*. México: Ed. UNAM.
- ISSACHAROFF, S. (s.f.). Group litigation of consumer claims: lessons from the U.S. experience. *34 Tex. Int'l L. J.*, 135 y ss.
- JOBIM, M. F. (2013). *Medidas estruturantes*. Porto Alegre: Livraria do Avogado Editora.
- KALAFATICH, C., & VERBIC, F. (2015). La notificación adecuada en los procesos colectivos. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* N^o 274, 1390-1395.
- KLONOFF, R., & BILICH, E. K. (2000). *Class actions and other multi-party litigation: Cases and materials*. West Group.
- KUMM, M. (2010). The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of right-based proportionality review. *4 Law & Ethics Hum. Rts.* 140, 144.
- LINDBLOM, P. H., & NORDH, R. (2003). La ley sueca de procedimientos de grupo. En A. GIDI, & E. FERRER, *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada* (pág. 96). México: Ed. Porrúa.
- LOMBARDO, L. (2002). Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. *Riv. Dir. Proc.*, 1083 y ss.
- LORENZETTI, R. (2010). *Justicia colectiva*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.

- MARCUS, R. (2005). Putting american procedure exceptionalism into a globalized contex. 53 Am. J. Comp. L., 709.
- MARINONI, L. (2003). Tutela inibitória. San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- MC GOVERN, F. E. (1986). Toward a functional approach for managing complex litigation. 53 U. Chi. L. Rev., 440.
- MCNALLY, W., & COTTON, B. (2003). Guiding principles regarding the Constitution of a representative defendant class in a class action proceeding. *Advoc. Q.*, 27, 110 y ss.
- MERCADER, A. A. (1939). Poderes de la nación y de las provincias para instituir norma de procedimiento. Buenos Aires: Ed. Jurídica Argentina.
- MERRYMAN, J. H. (1ª reimpresión 1979). La tradición jurídica romano-canónica. México: Fondo de Cultura de México.
- MORABITO, V. (2004). Defendant class actions and the right to opt out: lessons for Canada from the United States. *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 14, 197 y ss.
- MORELLO, A., & VALLEFÍN, C. (2004). El amparo. Régimen procesal (5ª edición). La Plata: Ed. Librería Editora Platense.
- MORELLO, A., HITTERS, J., & BERIZONCE, R. (1982). La defensa de los intereses difusos. *J. A.*, 700.
- MULLENIX, L. S. (2001). Lessons from abroad: complexity and convergence. 46 *Vill. L. Rev.* 1.
- NÁPOLI, A., & VEZZUELA, J. (2007). El amicus curiae en las causas ambientales. *Lexis Nexis*, 1.
- NÁPOLI, A., & VEZZUELA, J. (2004). La Corte Supre de Justicia abre paso a los amicus curiae. *Revista La Ley*, 75 y ss.
- NINO, C. S. (1997). La Constitución en la democracia deliberativa. Barcelona: Ed. Gedisa.
- NINO, C. S. (2000). Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- OSTOLAZA, Y., & HARTMANN, M. (s.f.). Overview of multidistrict litigation rules at the state and federal level. 26 *Rev. Lit.*, 47.
- OTEIZA, E. (2006). La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los “ampare”. En E. OTEIZA, *Procesos colectivos*. Santa Fe : Ed. Rubinzal Culzoni.

- OTEIZA, E., & VERBIC, F. (2010). La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo “Halabi”? *Jurisprudencia Argentina*.
- OVALLE, J. (2015). Legitimación en las acciones colectivas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 158, 1057-1092.
- PELLEGRINI, A., & WATANABE, K. (2011). O controle jurisdiccional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Ed. Forense.
- PELLEGRINI, A., BENJAMIN, A., ARRUDA, T., & VIGORITI, V. (2014). Processo coletivo. Do surgimento à atualidade. San Pablo: Ed. Revista dos Tribunais.
- PEREIRA, S. (2012). Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América. En E. OTEIZA, *Procesos colectivos. Class actions* (págs. 203-246). Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- PEREIRA, S., VILLADIEGO, C., & CHAYER, H. (2011). Bases generales para una reforma a la justicia civil en América Latina y el Caribe. En S. PEREIRA, *Modernización de la justicia civil* (págs. 67-68). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- PEREZ REGONE, A. (2000). Prolegómenos de los amparos colectivo. Tutela de incumbencias multisubjetivas. Parte General. *Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni*, 114.
- PEYRANO, J. W. (2008). ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina? *Revista de Derecho Procesal*, 21-34.
- PODER JUDICIAL DE PERÚ. (2014). *Manual judicial de lenguaje claro y accesible a los ciudadanos*. Lima : Fondo Editorial del Poder Judicial.
- POST, R., & SIEGEL, R. (2013). Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial. En R. POST, & R. SIEGEL, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (págs. 19-141). Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- RESNIK, J. (2014). The privatization of process: requiem for and celebration of the federal rules of civil procedure at 75. Filadelfia: University of Pennsylvania.
- RESNIK, J. (2017). Los jueces como directores del proceso (traducción de Verbic, F. y Mamberti, M. E.). *Revista Científica de Derecho*.

- RICHEY, C. R. (1989). Rule 16: A survey and some considerations for the bench and bar. 126 F.R.D., 599.
- RODRIGUES W., L. (s.f.). Liquidação da sentença civil. Revista dos Tribunais. 4ª edición., 257.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C., & RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2015). Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- SABA, R. (2016). Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué le debe el Estado a los grupos desventajados? Buenos Aires : Editorial Siglo XXI.
- SALGADO, J. M. (2007). La corte y la construcción del caso colectivo. Revista La Ley, 787.
- SALGADO, J. M. (2011). Tutela individual homogénea. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- SALGADO, J. M. (2014). Certificación, notificaciones, pedido de exclusión y pretensión colectiva pasiva. En J. M. SALGADO, Procesos colectivos y acciones de clase (pág. 297 y ss.). CABA: Ed. Cathedra Jurídica.
- SCARPINELLA, C. (2012). Curso sistematizado de direito processual civil, 2ª edición, Tomo II Direito processual público e direito processual coletivo. San Pablo: Ed. Saravia.
- Segunda Ronda de Talleres. (2015). Documento reporte de actividad. XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana, (pág. 6 y ss.). Colombia.
- SHAPIRO, D. L. (1998). Class actions: The class as party and client. 73 Notre Dame L. Rev., 913-962.
- SHUCK, P. H. (1983). Suing government: Citizen remedie for official wrongs. New Haven: Yale University Press.
- SILVESTRI, E. (1988). Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare. Rev. Dir. Civ., 539 y ss.
- SMITH, R., & WYNNE, B. (1983). The use of scientific evidence in litigation . New York: National Centre for State Courts.
- STORME, M. (1982). L' 'assreinte nel diritto belga: sei anni di applicazione. Rev. Trim. Dir. Proc. Civ., 602 y ss.
- SUBRIN, S., MINOW, M., BRODIN, M., & MAIN, T. (2000). Civil procedure. Doctrine, practice, and context. New York: Aspen Law & Bussines.

- SUCUNZA, M., & VERBIC, F. (2014). Medidas cautelares en procesos colectivos: ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias. Abeledo-Perrot, AP/DOC/1604/2014.
- TARRUFO, M. (1990). Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni. En R. SACCO, *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile* (pág. 392 yss.). Torino: UTET.
- TARUFFO, M. (1988). L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici. *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 142 y ss.
- TARUFFO, M. (2006). El "Civil Law" y el "Common Law": aspectos fundamentales. En M. TARUFFO, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil.* (págs. 57-85). Bogotá: Ed. Temis S.A.
- TARUFFO, M. (s.f.). Some remarks on group litigation in comparative perspective. *11 Duke J. of Comp. & Int'l L.*, 405.
- THOMAS, C. (1997). Return to civility. *33 Tulsa L. J.*, 7 y ss.
- TIDMARSH, J. (s.f.). Rethinking adequacy of representation. *87 Tex. L. Rev.*, 1137.
- TRIONFETTI, V. (2003). El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del Amicus Curiae. *Revista La Ley*, 68 y ss.
- VERBIC, F. (2007). *Procesos colectivos.* Buenos Aires: Ed. Astrea.
- VERBIC, F. (2008). La prueba científica en el proceso judicial. Identificación de la noción en el marco de la teoría general de la prueba. Problemas de admisibilidad y atendibilidad. Sant Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.
- VERBIC, F. (2008). La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas. *Revista de Derecho Comercial Abeledo Perrot* N° 233.
- VERBIC, F. (2010). Procesos Colectivos. Necesidad de su regulación. *Revista La Ley*, 769.
- VERBIC, F. (2011). El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos. En R. O. BERIZONCE, *Los principios procesales.* La Plata: Librería Editora Platense.
- VERBIC, F. (2012). Litigios paralelos y legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor en un reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial. *Jurisprudencia Argentina.*
- VERBIC, F. (2012). Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y

- tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia. *Revista de Derecho Procesal*.
- VERBIC, F. (2013). Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Córdoba.
- VERBIC, F. (2013). El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características, y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *Revista Anales N° 43, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*, 267-286.
- VERBIC, F. (2013). Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina. *Civil Procedure Review*, 310-371.
- VERBIC, F. (2014). Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano. *Revista La Ley Vol. 78*, 1-5.
- VERBIC, F. (2015). Un nuevo proceso para conflictos de interés público en la República Argentina. *Revista de Processo Vol. 40 N° 244*, 287-322.
- WALKER, J., WATON, G., BRASIL, L., EIZENGA, M., HAYLEY, R., JONES, C., . . . POLTAK, C. R. (2013). *Class Actions in Canada: Cases, notes and materials*. Emond Montgomery Publications.
- WILLING, T. E. (1996). An empirical analysis of rule 23 to address the rulemaking challenges. *71 N.Y.U L. Rev.*, 74.
- WOLCHER, L. (2000). The paradox of remedies: The case of international human rights law. *38 Colum. J. Transnat'l L.*, 515.
- WRIGHT, C. A. (1970). Class actions. *47 F.R.D.*, 169.
- ZANETTI JR., H. (2011). De la ley a la Constitución. La positivización de los derechos difusos y colectivos en la Constitución brasileña. *Revista Jurídica del Perú. Tomo 126.*, 65-81.

Tradicionalmente, la discusión sobre las reformas a la Justicia Civil ha estado confinada en gran parte al mundo legal, el que se ha enfocado en la elaboración de nuevos códigos y procedimientos, limitando un debate que, por su alcance y características, debería integrar más voces, nuevas disciplinas, y otras herramientas que aporten a los futuros y actuales procesos de cambio.

Este libro, desarrollado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, con el apoyo financiero de Global Affairs Canada (GAC), pretende ser un aporte para enriquecer y ampliar el debate sobre la Reforma a la Justicia Civil, integrando nuevas perspectivas y herramientas de análisis.

De esta manera esperamos que la Justicia Civil amplíe su ámbito de acción hacia los problemas cotidianos de las personas y que no sólo se preocupe de los conflictos que implican grandes sumas de dinero. Para ello, queremos instalar un debate sobre la Reforma a la Justicia Civil que se desarrolle desde un enfoque más amplio, el que cuente con una mirada multidisciplinaria y de política pública.

