

Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú

Notes About Some Elements of the Content of a Due Collective Process in Peru

CARLOS GLAVE MAVILA*

Priori & Carrillo Abogados

Resumen: Ante la insuficiente regulación de tutela colectiva de derechos en el Perú, el objetivo de la investigación es plantear el contenido de algunos de los elementos del derecho fundamental al debido proceso colectivo en el Perú. Para ello, se analiza los elementos que se considera relevantes tomando en consideración las características particulares de la tutela colectiva y considerando la jurisprudencia y legislación existentes en el Perú.

Palabras clave: debido proceso, derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, acciones de clase, derechos difusos, derechos colectivos, derechos individuales homogéneos

Abstract: Given the lack of regulation about the protection of collective rights in Peru, the main goal of this investigation is to show what should be some elements of the content of a due collective process. Thus each of its elements is studied taking into account the Peruvian jurisprudence and legislation.

Keywords: collective rights, class actions, opt out, opt in, due process of law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN RESPECTO DE LA TUTELA DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL PERÚ.– III. ALGUNOS ELEMENTOS ESENCIALES QUE DEBEN INTEGRAR EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO COLECTIVO EN EL PERÚ.– III.1. ACCESO A LA JUSTICIA COLECTIVA.– III.1.1. EL CASO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS Y DOS EJEMPLOS.– III.1.2. EXIGENCIA, CUMPLIMIENTO Y CONTROL DE LA REPRESENTATIVIDAD ADECUADA.– III.1.3. INTERÉS PARA OBRAR EN EL MEDIO EN EL PLANO COLECTIVO: PREDOMINIO DE LA CUESTIÓN GRUPAL POR SOBRE LA INDIVIDUAL.– III.2. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS COMO ESPECIE DEL GÉNERO DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA.– III.3. UNA TEMPRANA DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS DE JUEGO.– III.4. EL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO APTO PARA LA PUBLICIDAD Y NOTIFICACIÓN DEL PROCESO COLECTIVO A TODOS LOS INTERESADOS.– III.5. TUTELA ANTICIPADA.– III.6. UN DEBER CALIFICADO DE MOTIVACIÓN.– III.7. COSA JUZGADA COLECTIVA.– IV. REFLEXIÓN FINAL.

* Socio del Estudio Priori & Carrillo Abogados. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster por la Universidad Queen Mary de Londres.

Código ORCID: 0000-0003-3545-761X. Correo electrónico: cglave@pc-abogados.com

I. INTRODUCCIÓN

Sin pretender, a la luz del derecho constitucional peruano, conceptualizar el derecho al debido proceso colectivo como un derecho fundamental independiente, el objetivo principal del presente artículo es plantear cuáles debieran ser los elementos esenciales del derecho a un debido proceso colectivo en el Perú. Esto tiene como objetivo evidenciar la inexistente o insuficiente regulación en el Perú que brinde una adecuada tutela a los derechos de incidencia colectiva, así como destacar la potencialidad que los procesos colectivos pueden tener en el Perú.

Como se sabe, nuestra Constitución, en su artículo 139, hace referencia al derecho al debido proceso y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. No vamos a entrar a discutir el alcance de ambos conceptos en nuestro país. Simplemente señalamos que coincidimos con el doctor Giovanni Priori cuando señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se enmarca dentro del ejercicio de la función jurisdiccional (2003, pp. 283-289).

En consecuencia, si el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva se enmarca dentro del ejercicio de la función jurisdiccional, existe también acuerdo en señalar que el contenido de este derecho fundamental comprende el derecho de acceso a la justicia, el derecho a que el proceso se desarrolle respetando ciertas garantías mínimas, el derecho a obtener una decisión fundamentada en derecho y el derecho a que se ejecute dicha decisión. En este sentido, lo que se busca es desarrollar algunos de los elementos que consideramos esenciales y que deberían integrar el derecho al debido proceso colectivo en el Perú. Así, se pretende resaltar las trascendentales diferencias o especialidades que existen en el campo de la tutela colectiva y enfatizar las vulneraciones constitucionales existentes en el Perú producto de su falta de regulación.

II. BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN RESPECTO DE LA TUTELA DE DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA EN EL PERÚ

Una situación fáctica que no se puede negar es que existen derechos y conflictos colectivos. Por ello, es necesario que existan garantías de similar naturaleza que permitan exigir y discutir colectivamente (Sucunza, 2016). A pesar de ello, la mayoría de países latinoamericanos no posee una regulación sistemática sobre la tutela de derechos de incidencia colectiva y el Perú no es la excepción. Por ello, al estudiar las posibilidades de ejecutar *class actions* de Estados Unidos en distintos países del mundo (Gidi, 2012, p. 902), se considera al Perú dentro del grupo de países que no contiene una regulación sistemática al respecto.

En líneas generales, se identifica tres grandes sistemas para la tutela de derechos de incidencia colectiva: (i) *opt out*; (ii) *opt in* y (iii) *secundum eventum litis*. El primero de ellos es desarrollado principalmente en las *class actions* de Estados Unidos y supone que la acción de clase vincula a todos los miembros del grupo si es que estos no expresan su voluntad en contrario. Por otro lado, el segundo modelo (este modelo es el predominante en Europa) supone lo opuesto, es decir, que el proceso colectivo solo vinculará a aquellos que hayan expresado su voluntad en ese sentido. Finalmente, el tercer sistema (este modelo es el desarrollado en Brasil y adoptado por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica) instaura una primera fase colectiva en donde se determina, con efectos generales, solo de manera declarativa la afectación colectiva para que luego cada miembro del grupo inicie su proceso individual de liquidación y ejecución.

Evidentemente, cada uno de estos sistemas tiene sus particularidades. Principalmente, el *opt out* y el *secundum eventum litis* exigen un nivel de regulación que involucre distintos aspectos del litigio y que atienda a la protección de aquellos miembros del grupo que no forman parte del litigio. Por otro lado, el *opt in* probablemente no exige un detallado nivel de regulación puesto que, finalmente, es cuestionable que sea calificado como un sistema de tutela de derechos colectivos, ya que exige que cada miembro del grupo participe en el proceso para que pueda verse vinculado por su resultado. Por ello, este sistema es calificado como el camino trágico de las acciones de clase que se ha seguido en países del *civil law* (Gidi, 2012, pp. 923-924), pues genera que las clases sean muy pequeñas, minimiza el poder del proceso colectivo y, con ello, el poder de la sociedad.

En el Perú no hemos adoptado un sistema en particular. Tenemos regulaciones en distintos cuerpos normativos que pueden ser calificadas dentro de alguno de los sistemas existentes. Incluso, a diferencia de lo sucedido en otros países —como en Argentina, donde la regulación tiene su origen¹ en un desarrollo jurisprudencial (Verbic, 2015)—, tampoco tenemos un desarrollo jurisprudencial importante que se haya preocupado por atender aspectos esenciales de la tutela de derechos de incidencia colectiva. Por ello, a continuación, analizaremos cómo es que esta situación vulnera gravemente la tutela de los derechos de incidencia colectiva, sobre la base de la reflexión acerca del contenido del derecho al debido proceso colectivo.

1 En Argentina incluso si bien, a la fecha, aún existe una ausencia de legislación detallada sobre procesos colectivos, sí existe un mayor desarrollo porque a partir del 04 de abril de 2016, la Corte Suprema de dicho país (por vía de la Acordada 12/2016) aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos. Dicho reglamento establece, entre otras cosas, principalmente qué debe precisar la demanda (si tiene por objeto bienes colectivos o intereses individuales homogéneos), así como reglas relacionadas a la inscripción del proceso colectivo en el Registro Público de Procesos Colectivos.

III. ALGUNOS ELEMENTOS ESENCIALES QUE DEBEN INTEGRAR EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO COLECTIVO EN EL PERÚ

El derecho al debido proceso o el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone necesariamente que el proceso se desarrolle sobre la base de ciertas mínimas garantías. Sin embargo, la comprensión de estas mínimas garantías y de los institutos procesales relacionados a estas se ha dado tradicionalmente en el marco de un proceso cuyo objeto es la tutela de derechos individuales.

Por ello, partiendo de la premisa de que existen conflictos colectivos, corresponde comprender las mínimas garantías del derecho al debido proceso también en clave colectiva. Sobre el particular, se señala (Sucunza, 2016) que hay recaudos inherentes a cualquier tipo de procesamiento. Sin embargo, lo que principalmente se resalta es que también existen recaudos propios del debido proceso colectivo que permiten desarrollar de una adecuada manera la discusión de un proceso colectivo. A continuación, analizaremos algunos de ellos en el marco del derecho peruano.

III.1. Acceso a la justicia colectiva

El derecho de acceso a la justicia es definido como el «derecho humano» más fundamental (Cappelletti & Garth, 1996, pp. 12-13), puesto que es la base de todos los derechos fundamentales. Si no se garantiza a las personas el acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos, estaríamos ante un sistema que solamente proclama derechos. En el Perú, en el plano de la tutela colectiva, precisamente nos encontramos en una situación como la descrita. Es decir, se trata de un sistema que proclama derechos (colectivos), pero que no garantiza el libre acceso a la jurisdicción para solicitar su defensa.

Para comprender la verdadera dimensión de esta grave situación, es indispensable describir los derechos de incidencia colectiva. Hemos explicado (Glave, 2012a, p. 454) que generalmente se reconoce tres categorías de derechos de incidencia colectiva: (i) los derechos difusos, (ii) los derechos colectivos propiamente dichos, y (iii) los derechos individuales homogéneos.

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (en adelante, el Código Modelo) agrupa en una sola categoría a los derechos difusos y los colectivos. Lo hace porque, en estricto, la principal diferencia entre estas categorías de derechos es la indivisibilidad o divisibilidad de su objeto. Los difusos y colectivos son, por su naturaleza, indivisibles, mientras que los individuales homogéneos son divisibles. Así, se dice que la diferencia que establece cierta doctrina entre difusos y colectivos no tiene, en realidad, importantes efectos prácticos porque, al ser derechos

indivisibles (independientemente de la posibilidad de identificar a sus titulares), el resultado va a afectar a todos por igual (Giannini, 2007, pp. 58-64).

Ahora bien, decimos que en el Perú no se respeta el derecho de acceso a la justicia porque simplemente se proclaman derechos colectivos sin garantizar el acceso a la jurisdicción para solicitar su defensa. En la Constitución y en normas con rango legal se reconoce una serie de derechos indivisibles como, por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado o el patrimonio cultural de la Nación. ¿Cómo se garantiza el acceso a la jurisdicción para solicitar la defensa de estos derechos? Nuestra regulación es muy desordenada al respecto y únicamente atiende a la legitimidad para obrar, es decir, a quienes podrían presentar una demanda para solicitar la tutela de estos derechos. El artículo 82 del Código Procesal Civil² establece que ciertas entidades son las legitimadas para presentar una demanda que pretenda la tutela de estos derechos. Sin embargo, luego, diversas normas (ley general del ambiente, ley que regula el proceso contencioso administrativo, código procesal constitucional) permiten a cualquier persona natural presentar una demanda con el mismo objeto.

Esta legitimación amplia, en rigor, conlleva a otros problemas de índole procesal y constitucional como, por ejemplo, (i) un sinnúmero de procesos que busquen lo mismo; (ii) incertidumbre respecto al nivel de vinculación que tenga cada uno de esos varios procesos en los miembros ausentes; y, tal vez lo más importante, (iii) que el proceso colectivo no llegue a ser efectivamente una herramienta poderosa para la tutela de derechos colectivos. Más allá de una vulneración al acceso a la justicia,

47

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

2 «Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde estas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción».

estos problemas de índole procesal y constitucional, derivados de una legitimidad amplia, podrían en realidad encontrar su causa en ausencia de otro tipo de regulación. Por ejemplo, la inexistencia de un Registro de Procesos Colectivos.

Precisamente, en Argentina, la Corte Suprema dispuso la creación del Registro de Procesos Colectivos mediante la Acordada 32/2014 señalando como uno de sus fundamentos «el escándalo jurídico que genera la existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados».

III.1.1. El caso de los derechos individuales homogéneos y dos ejemplos
En el plano de los derechos divisibles (individuales homogéneos), la afectación al derecho al acceso a la justicia en nuestro país es aun más clara. Los derechos individuales homogéneos son, como su nombre lo indica, derechos individuales que tienen la particularidad de tener un origen común. Por ello, en principio, podrían ser tutelados dentro del ámbito del proceso tradicional (no colectivo). Sin embargo, dada las particularidades de ciertos casos —como un elevado número de involucrados y/o un monto pequeño de cada reclamo individual que hacen inviable el inicio del proceso—, se crean mecanismos, desde la tutela colectiva, para proteger estos derechos. Evidentemente, el caso más conocido en el mundo es el de las *class actions for damages* de los Estados Unidos.

En nuestro país, no tenemos la posibilidad de acceder a un órgano jurisdiccional para tutelar estos derechos desde un plano colectivo. Tenemos la posibilidad de hacerlo desde el plano individual donde, por ejemplo, podemos acumular pretensiones. Sin embargo, desde un plano colectivo —que precisamente adquiere sentido cuando es inviable la posibilidad de iniciar un proceso individual— no existe la posibilidad.

Hay distintos casos que demuestran esta situación. Por ejemplo, como es conocido, existen diversos conflictos relacionados a las actividades desarrolladas a lo largo de los años en el complejo metalúrgico de la Oroya. Sin embargo, todos esos conflictos llevados al ámbito jurisdiccional nacional o internacional únicamente se presentan bajo una de las siguientes modalidades: (i) entre el Estado y la empresa o (ii) entre los ciudadanos y el Estado.

Es conocido el proceso arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), donde la empresa ha alegado que el Estado Peruano vulneraba sus derechos como inversionistas exigiéndoles estándares ambientales muy elevados. Por otro lado, ciudadanos del distrito de La Oroya iniciaron un proceso de cumplimiento en contra del Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), solicitando que se diseñe e implemente

una «Estrategia de salud pública de emergencia» para la ciudad de La Oroya de conformidad con lo establecido en la ley 26842 (Ley General de Salud). En el año 2006, el Tribunal Constitucional (*Pablo Miguel Fabián Martínez y otros c. Ministerio de Salud*) declara parcialmente fundada dicha demanda y ordena que el Estado desarrolle una serie de acciones cuyo cumplimiento se ha llevado incluso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Dicho proceso de cumplimiento resulta muy interesante porque es efectivamente un proceso colectivo. Sin embargo, claramente atiende al cumplimiento de políticas públicas que el Estado debe brindar a la comunidad, como la implementación de un sistema de emergencia para atender la salud de los pobladores de La Oroya o realizar programas de vigilancia epidemiológica y ambiental en la zona de La Oroya. Como se aprecia, en ninguno de estos casos los ciudadanos afectados individualmente han iniciado alguna acción de indemnización en contra de la empresa. Independientemente de los intereses particulares de los actores, lo cierto es que en el Perú no se les brinda esa posibilidad. Consideramos que esto revela una afectación del derecho al acceso a la justicia colectiva.

Otro ejemplo en el mismo sentido es el caso del derrame de mercurio ocurrido en Choropampa, suceso que condujo a que se iniciase una *class action* en Estados Unidos. En este caso, los afectados en el Perú no tenían la posibilidad de iniciar un proceso de indemnización en contra de la empresa que involucre a todos los afectados. Por eso, se tramitó una *class action* en Estados Unidos, la cual culminó mediante una transacción que, en los casos que involucraban a menores de edad, debió ser homologada en el Perú.

Como se observa, en ninguno de esos casos era posible iniciar un proceso de indemnización que involucre a todos los afectados porque en nuestro país no existe esa posibilidad³, lo cual consideramos que vulnera el derecho de acceso a la justicia colectiva. Sin embargo, lo importante a resaltar es que es imposible evitar esa vulneración simplemente permitiendo a cualquier persona iniciar una acción de este tipo. Así resulta indispensable regular todos los aspectos de un proceso colectivo porque el debido proceso no se agota únicamente con la posibilidad de acceder a un tribunal, sino que implica contar con un proceso con ciertas garantías. En ese sentido, hay otros aspectos que suponen un análisis del acceso a la justicia colectiva y que pasamos a desarrollar a continuación.

3 La única legislación que podría considerarse que sugiere la existencia de un proceso colectivo para la tutela de derechos individuales homogéneos es la Nueva Ley Procesal del Trabajo, conforme a lo regulado en sus artículos 9.2 y 18. Sin embargo, en la práctica, esta forma de tutela colectiva no viene siendo utilizada ya que existen casos en donde las demandas no son planteadas en clave colectiva, sino como una mera acumulación de pretensiones individuales.

49

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

III.1.2. Exigencia, cumplimiento y control de la representatividad adecuada

La exigencia de la representatividad adecuada es un elemento del derecho al acceso a la justicia colectiva. Además, resulta transversal a cualquier sistema de tutela colectiva existente pues busca garantizar que el derecho de aquellos miembros titulares del derecho, cuya tutela se solicita, pero que no participan del proceso, sea adecuadamente protegido.

Sin embargo, ello no significa que la regulación de dicho requisito deba tener particularidades. Sucede que los procesos colectivos pueden ser procesos constitucionales, como existen en el Perú (a pesar de la ausencia de regulación), como también procesos ordinarios. En ambos casos es factible considerar una legitimidad muy amplia, sin embargo, en los procesos ordinarios debiera existir un mayor énfasis en el control de la representatividad adecuada.

En el Perú, el concepto de representatividad adecuada no ha sido tomado en cuenta en la legislación. Lo que se ha discutido es si el demandante ostenta legitimidad para obrar ordinaria o extraordinaria. Esta discusión académica resulta interesante, sin embargo, en el marco de un proceso colectivo, el concepto de representatividad adecuada necesariamente tiene que tomarse en consideración como otro elemento trascendental. La representatividad adecuada supone que aquel legitimado para plantear una pretensión colectiva sea, a su vez, un representante adecuado de los miembros ausentes del grupo. Es decir, que cuente con los medios necesarios (técnicos, económicos, logísticos, etcétera) para defender adecuadamente los intereses de todos los miembros del grupo.

El análisis de la representatividad adecuada evidentemente se da *ex ante* cuando el legislador opta por considerar que únicamente ciertas entidades públicas o privadas son las que pueden interponer una demanda en clave colectiva. Eso sucede en el artículo 82 del Código Procesal Civil al que se ha hecho referencia y también en lo establecido por el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Sin embargo, no se conocen los criterios por los que, de manera previa, el legislador opta por considerar a determinadas entidades como representantes adecuados.

Entendemos que lo establecido en esas normas no es lo más apropiado. Es más apropiado tener una legitimidad amplia que, además, exija ser también un representante adecuado. La representatividad adecuada no puede ser un criterio estático y preestablecido en la legislación, sino que es un requisito dinámico que debe verificarse en cada caso particular. En este sentido, el apropiado análisis de la representatividad adecuada es aun más importante y, considerando cada proceso y caso particular, quizá más difícil cuando existe una legitimación amplia. Este es el caso del Código Procesal Constitucional, la Ley que Regula el Proceso

Contencioso Administrativo o la Ley General del Ambiente. Según estas disposiciones, cuando se pretenda la tutela de derechos difusos (como el medio ambiente), cualquier persona natural puede interponer la demanda.

En el desorden de la legislación de nuestro país no se dice más al respecto. Esto deja muchos vacíos pues el requisito de la representatividad adecuada es un aspecto esencial de un derecho al debido proceso colectivo que busca garantizar que el derecho de todos los miembros del grupo sea adecuadamente defendido. El Código Modelo de Procesos Colectivos también establece una legitimidad amplia, sin embargo sí señala criterios que deben analizarse para considerar a quien promueve la acción como un representante adecuado. El párrafo 2 del artículo 2 de dicho Código estipula los siguientes criterios:

- a. la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;
- b. sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;
- c. su conducta en otros procesos colectivos;
- d. la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;
- e. el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Consideramos adecuados los criterios establecidos por el Código Modelo. También es apropiado que estos criterios objetivos se encuentren establecidos en la legislación. Sin embargo, lo cierto es que cada juzgador, en el caso particular, deberá evaluar si se cumplen los mismos. Por ello, entendemos que los criterios que establece el Código Modelo y los que pudiera establecer cualquier legislación no son suficientes, por lo que no debiera ser una cláusula cerrada. Por ejemplo, el análisis del abogado de la clase no se menciona en la norma del Código Modelo citada y también podría ser considerado por el Juzgador en algún caso en particular.

Es importante señalar que estos criterios deben ser verificados por el juez al momento de iniciar el proceso colectivo y a lo largo de todo el proceso. Asimismo, es relevante establecer las consecuencias específicas que genera su incumplimiento, por ejemplo, la imposibilidad de iniciar el proceso o, en su defecto, la búsqueda de otro representante adecuado.

En el Perú, una mención aparte sobre este tema merece el Código de Consumo que ha optado por no darle legitimidad a cualquier persona natural, sino solo al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), o asociaciones autorizadas por este para poder iniciar un proceso que tiene por objeto

51

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

tutelar un derecho colectivo. En este caso se puede entender que el cumplimiento de la representatividad adecuada carece de sentido. Sin embargo, entendemos que dicha opción no es propia de una auténtica tutela colectiva porque restringe el acceso a la justicia. Prueba de ello es que desde la vigencia del Código de Consumo no se conocen procesos judiciales que tengan por objeto la tutela de algún derecho colectivo, promovidos bajo la regulación del Código de Consumo.

Consideramos que es apropiado permitir a cualquier miembro del grupo iniciar un proceso colectivo, pero que el cumplimiento de los criterios que garanticen que es un representante adecuado es indispensable para la existencia de un verdadero sistema de tutela colectiva. Esto implica un sistema en donde los procesos colectivos que se promuevan, con un representante adecuado, vinculen a todos los miembros del grupo. Lamentablemente, en nuestro país no existe en la legislación, y no conocemos que haya ocurrido en la jurisprudencia, la exigencia de analizar el cumplimiento del requisito de la representatividad adecuada. Por ello es evidente que se vulnera el derecho a un debido proceso entendido desde un punto de vista colectivo.

III.1.3. Interés para obrar en el medio en el plano colectivo: predominio de la cuestión grupal por sobre la individual

Particularmente en el caso de la tutela de los derechos individuales homogéneos es indispensable que predomine la cuestión grupal por sobre lo individual. Esto es trascendental para que se pueda acceder a la justicia colectiva de este tipo de derechos. Evidentemente, en el caso de la tutela de los derechos difusos o colectivos propiamente dichos, la cuestión grupal es un rasgo inherente toda vez que, por su naturaleza, se trata de derechos cuyo objeto es indivisible. Sin embargo, en el caso de los derechos individuales homogéneos, sucede exactamente lo contrario ya que su objeto es naturalmente divisible. Es en estos casos donde el análisis del predominio de lo grupal sobre lo individual es trascendental porque no es otra cosa que la evaluación de la conveniencia de tutelar los derechos involucrados por medio del proceso colectivo o de un proceso tradicional.

Se trata de un análisis de conveniencia que debería realizar el juzgador al momento de admitir la demanda y calificarla como un proceso colectivo. En algunos casos, este análisis puede no tener mayores complicaciones como, por ejemplo, el caso de la píldora del día siguiente, donde es evidente que lo controvertido es común a todas las personas que conforman el grupo (mujeres en edad fértil). No hay aspectos individuales de cada una de las personas que conforman el grupo que puedan alegarse como un elemento distinto que incida en la decisión de la controversia.

53

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

Por otro lado, puede haber casos en donde el predominio de lo grupal por sobre lo individual puede ser muy controversial. Un típico caso que se cita al respecto en la jurisprudencia norteamericana es el de *Wal-Mart v. Dukes*, caso en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos revirtió un fallo de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito y decidió no certificar la clase. La razón fue que en la demanda se alegaba que todas las trabajadoras de Walmart actuales y antiguas sufrían discriminación por la discreción desproporcional de los salarios a favor de los hombres. Como se aprecia, no es tan claro que en un supuesto como este predomine lo grupal por sobre lo individual porque el grupo es muy diverso y en cada caso particular puede haber distintas razones que justifiquen el salario. Este caso resulta tan discutible que la decisión de la Corte Suprema de revertir el fallo de la Corte de Apelaciones fue tomada por una mayoría de cinco contra cuatro magistrados.

A pesar de que, en algunos casos, puede ser discutible la determinación del predominio de lo grupal por sobre lo individual, se trata de un análisis que, particularmente en esos casos, tiene que realizarse porque finalmente es la razón que justifica activar la tutela colectiva por sobre la tutela tradicional. Al respecto, es interesante como explica Issacharoff (2012) las variables existentes al momento de evaluar la certificación de una *class action for damages* (acción de clase por daños), la misma que vendría a ser un proceso colectivo para la tutela de derechos individuales homogéneos. El autor resume su explicación del siguiente modo (p. 484):

	Low variance between individual claims	High variance between individual claims
Low value of individual claims	Class action indispensable for private prosecution	Private enforcement difficult because of manageability concerns
High value of individual claims	Class action necessary but greater concern for individual opt out and other right of control	Aggregate treatment not essential and class action held suspect

Se puede apreciar cómo se utiliza un análisis lógico para evaluar la conveniencia de resolver el conflicto por medio de un proceso colectivo. Es evidente que los mayores incentivos se presentan si los reclamos individuales son de valores pequeños y si son similares entre sí. En ese supuesto, el proceso colectivo es de mucha utilidad porque, si no se proporciona esta vía, cada titular individual del derecho no tendría incentivos para promover un proceso individual con el objeto de tutelar su derecho y, además, entre los posibles distintos procesos individuales

existiría el riesgo de incurrir en sentencias contradictorias. En el otro extremo, si los reclamos individuales son de un valor elevado y tienen fundamentos distintos entre sí, el proceso colectivo no es de ninguna utilidad. En este caso, cada miembro sí tendría interés en promover un proceso individual para tutelar su derecho y no existiría riesgo de pronunciamientos contradictorios.

De esta manera, es claro que el predominio de lo grupal por sobre lo individual (cuyo análisis es particularmente interesante en el caso de los derechos individuales homogéneos) supone evaluar la conveniencia del proceso colectivo y debe formar parte del contenido de un derecho al proceso colectivo. Por ello, lo hemos denominado «interés para obrar en el medio» ya que, en nuestro sistema procesal, el interés para obrar en el medio es precisamente esto: la utilidad del medio (el proceso) para tutelar el derecho.

III.2. Reconocimiento de los derechos individuales homogéneos como especie del género de derechos de incidencia colectiva

Es muy importante entender que la tutela colectiva abarca también a los derechos individuales homogéneos. Independientemente del sistema que haya decidido adoptarse, no hay sistema de tutela colectiva que no reconozca la existencia de derechos individuales homogéneos. Ya hemos mencionado que los derechos individuales homogéneos son derechos individuales que son atendidos desde el plano colectivo porque, de lo contrario, quedarían desprotegidos. Consideramos que esto último es lo que sucede en nuestro país a propósito de los dos ejemplos mencionados al referirnos al acceso a la justicia de este tipo de derechos. La situación es la misma con respecto a lo regulado en el Código de Consumo que no enuncia dentro de las categorías de derechos colectivos a los individuales homogéneos, aunque sí se refiere a pretensiones que claramente son individuales. Por ello se puede concluir que dicho código, al no entender esta categoría de derechos, genera también graves consecuencias en su protección (Glave, 2012b, p. 343; hemos desarrollado por qué en el Código de Consumo no se entiende la existencia de la categoría de derechos individuales homogéneos y el problema que ello genera haciendo inviable su tutela).

En este sentido, lo relevante es que la tutela colectiva (además de tutelar derechos indivisibles) es también necesaria para brindar una adecuada tutela de situaciones jurídicas individuales. Esta necesidad de tutela existe cuando es impracticable la reunión de todos los afectados individuales y/o porque cada uno de ellos no tiene mayores incentivos para pretender la tutela de su derecho individual. En el Perú, la legislación no ha atendido de manera adecuada y sistemática la tutela

de los derechos individuales homogéneos (Glave, 2011). Mientras tanto, en la jurisprudencia existen algunas pocas sentencias donde se reconocen estas categorías y, probablemente, pueda abrirse un camino en el futuro para su mayor protección.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional reconoce, desde el año 1997, la existencia de derechos difusos y colectivos (*José S. Linares Comejo c. Concejo Provincial de Arequipa*). Posteriormente, el Tribunal reconoció también los derechos individuales homogéneos, señalando que demandas donde se pretenda la tutela de derechos individuales homogéneos pueden llegar a tener una decisión cuyos efectos se extiendan a otras personas en similar situación, si es que hay una «previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un *estado de cosas inconstitucional*» (*Viuda de Mariátegui e hijos S.A. c. Sunat y otros*, fundamento 33). En la misma línea y profundizando algo más, en el Fundamento de voto de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz en el caso *Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 c. Roy Maynas Villacrez*, se señala lo siguiente respecto de los derechos individuales homogéneos:

Por último, los *intereses individuales homogéneos* aluden a auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. La tutela colectiva de esos derechos descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante. En este supuesto, cada persona afectada en sus derechos en forma individual puede presentar la demanda respectiva. Los efectos de la sentencia alcanzan únicamente a la persona que presentó la demanda. Con todo, el Tribunal Constitucional ha considerado que en determinados casos los efectos de la decisión sobre un caso particular pueden extenderse a otras personas en similar situación, previa declaración del acto lesivo de un derecho constitucional como un *estado de cosas inconstitucional* (fundamento 23).

Precisamente, uno de esos casos, donde se ha considerado lo señalado, es el caso *Violeta Gómez Hinojosa c. Ministerio de Salud*. En este caso, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, al momento de conceder una medida cautelar que ordenaba al Ministerio de Salud distribuir de forma provisional y gratuita el anticonceptivo oral de emergencia (a lo cual también nos referiremos más adelante), señala lo siguiente:

55

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

Resulta preciso referir, que doctrinariamente se admite que los derechos colectivos vienen a ser: a) derechos difusos (*se califica como tal a aquellos derechos que son indivisibles*), b) derechos colectivos en sentido estricto (*alude a derechos de incidencia colectiva*) y c) derechos individuales homogéneos (*se tratan de derechos subjetivos individuales, ergo divisibles*).

Conforme a esa posición, «*las acciones colectivas*» nacen para proteger el derecho colectivo de un grupo, dada las características particulares que detenta el proceso civil individual, tradicionalmente estructurado sobre la base del principio dispositivo, en el que el interés no trasciende el interés privado de las partes, el cual no puede trasladarse a los procedimientos donde se materializa la tutela colectiva que protege derechos indivisibles o individuales homogéneos, en el que los sujetos legitimados actúan en representación del colectivo que defienden y los efectos de la sentencia que se dicta alcanza a todos los que conforman el grupo.

Como se aprecia, se puede encontrar jurisprudencia en el Perú donde se reconoce la existencia de derechos individuales homogéneos y la posibilidad de brindar una tutela colectiva de los mismos. Sin embargo, no es una práctica generalizada (un ejemplo de ello es la sentencia del Primer Pleno Casatorio de la Corte Suprema en el caso *Giovanna Quiroz Villaty c. Empresa Minera Yanacocha y otros*). No basta el reconocimiento de dichos derechos, sino que es indispensable profundizar más en reglas claras sobre el diseño de la tutela de los mismos.

Consideramos que el entendimiento de los derechos individuales homogéneos es una garantía del derecho al debido proceso colectivo. Además, a diferencia del caso de los derechos indivisibles, el mencionado entendimiento adquiere particular relevancia con respecto al reconocimiento de otras garantías que mencionaremos más adelante.

III.3. Una temprana determinación de las reglas de juego

Es indispensable que, al iniciarse un proceso en el que se pretende la tutela de derechos de incidencia colectiva, se determine, lo más pronto posible, si el proceso se va a tramitar como colectivo o no. Es decir, es necesario que se certifique el mismo como un proceso colectivo. Esto implica tener reglas claras para su tramitación, reglas que suponen el ejercicio del resto de mínimas garantías del debido proceso colectivo. Por ello, el primer paso necesariamente debe ser establecer si el proceso iniciado es colectivo o no y, si lo fuera, certificarlo como tal.

Al respecto, es importante mencionar también el rol del juez. El juez debe, precisamente, verificar si corresponde tramitar el proceso en clave colectiva o no. El juez, en este tipo de procesos, tiene un rol protagónico

puesto que, al evaluar si el proceso se tramita en clave colectiva, debe luego verificar el cumplimiento de las demás mínimas garantías con las que se tiene que tramitar el mismo.

57

III.4. El establecimiento de un procedimiento apto para la publicidad y notificación del proceso colectivo a todos los interesados

Como hemos mencionado anteriormente, estamos de acuerdo con Gidi cuando afirma que el sistema del *opt in* es el camino trágico de las acciones colectivas, principalmente, en países del *civil law* (2012, p. 924). El problema consiste en que no supone una auténtica tutela colectiva. Lo señalado queda demostrado por el hecho de que sea un requisito de todo proceso colectivo la existencia de un procedimiento apto para permitir a todos los miembros ausentes tomar conocimiento de la existencia del proceso.

Este procedimiento debe tener por objetivo no solo comunicar a los miembros del grupo la existencia del proceso, sino que, al hacerlo, debe darles la oportunidad de participar en el proceso o de excluirse del mismo. Por ello, esta comunicación debería explicar de qué se trata el proceso, cómo puede afectar a los miembros del grupo y cuál sería el procedimiento para participar o excluirse del mismo. Esto garantiza, además, que se cumpla a lo largo del proceso con el requisito de la representatividad adecuada.

Este requisito, además, es particularmente importante en el caso de los derechos individuales homogéneos. No es una mera casualidad que la conocida regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* de los Estados Unidos contenga reglas de notificación más estrictas para el caso de la *class action for damages* (Fed. R. Civ. P. 23(c) (2) (B))⁴ en comparación con los otros tipos de *class action*. Esta norma exige que, en este tipo de *class action*, el juez realice la mejor notificación practicable en función de las circunstancias. Esto incluye incluso notificaciones individuales a todos los miembros que pueden ser identificados con un esfuerzo razonable.

Como se aprecia, es relevante entender la categoría de derechos individuales homogéneos que, por su naturaleza, son distintos a los derechos indivisibles. Por ello, en el marco del diseño de un sistema de tutela colectiva, deben tener lugar regulaciones particulares.

4 «*For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:(i) the nature of the action;(ii) the definition of the class certified;(iii) the class claims, issues, or defenses;(iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;(v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;(vi) the time and manner for requesting exclusion; and(vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).*».

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

Un ejemplo de ello es, precisamente, mayores exigencias al momento de garantizar el procedimiento para la publicidad y notificación de los miembros ausentes.

Por otro lado, en cuanto al necesario establecimiento de un procedimiento para la publicidad y notificación, así como también con relación al cumplimiento del requisito de la representatividad adecuada, en el marco de la tutela colectiva debe considerarse la viabilidad de llegar a acuerdos que pongan fin al conflicto antes de una sentencia judicial. Frente a esa posibilidad, las dos garantías mencionadas (publicidad y representatividad adecuada) adquieren particular relevancia. Por ello, debería existir un mecanismo particular de publicidad antes de que se adopte finalmente un acuerdo, ya que este es un momento del proceso en el que estas garantías adquieren particular relevancia.

En el Perú, como se ha mencionado, no existe un proceso colectivo de tutela de derechos individuales homogéneos como una *class action for damages*. Por otra parte, en el marco de procesos que tienen por objeto la tutela de derechos indivisibles, no hay mecanismos de publicidad con consecuencias específicas⁵. Menos aun tiene lugar la evaluación de estos criterios (publicidad y representatividad adecuada) si surge la posibilidad de llegar a un acuerdo que ponga fin al proceso.

III.5. Tutela anticipada

No es casualidad que el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica se refiera a la tutela anticipada y no a una tutela cautelar. El artículo 5 de dicha propuesta normativa establece que «el juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación, y (i) exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o (ii) esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado». Decimos que no es casualidad que se proponga esta regulación porque, en la mayoría de procesos donde se pretende la tutela de derechos colectivos, la única manera de garantizar la efectividad de la futura sentencia es anticipando la tutela solicitada.

Por ello, la tutela anticipada forma parte del derecho a un debido proceso colectivo. Pero, además, exige evaluar los criterios o requisitos que deben existir para conceder una medida de este tipo. Por ejemplo, nuestro Código Procesal Civil (al momento de regular algunas medidas

5 El artículo 82 del Código Procesal Civil simplemente señala que «una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial». Sin embargo, no se establece qué pueden hacer los interesados ante la toma de conocimiento del proceso, ni mucho menos si existe la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin al proceso.

anticipadas sobre el fondo en sus artículos 674 y 675) exige un grado mayor de verosimilitud en el derecho al utilizar palabras como «firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada» o, en el caso de la asignación anticipada de alimentos, se habla de hijos menores con «indubitable relación familiar».

El supuesto mayor grado de verosimilitud pareciera ser un análisis que exige alcanzar una certeza respecto del derecho discutido. En esa línea se ha pronunciado el Primer Juzgado Constitucional de Lima en el caso *Violeta Gómez Hinojosa c. Ministerio de Salud*, concediendo una medida cautelar que ordena al Ministerio de Salud repartir de forma provisional y gratuita el anticonceptivo oral de emergencia. En dicha resolución, respecto a la naturaleza de la medida y el grado de verosimilitud, el juzgado señala lo siguiente:

SEXTO: Al respecto es preciso señalar, siguiendo el criterio expuesto por Marianella Ledesma, que la medida cautelar es una expresión de tutela urgente, en la que concurren *la tutela ordinaria y la tutela anticipada* (caso de autos - medida cautelar innovativa).

En ese orden de ideas, la tutela ordinaria se construye con una simple apariencia del derecho y con la urgencia, justificada en el peligro en la demora; *situación diversa cuando se trata de un tutela anticipada*. Aquí la tutela que se busca alcanzar es de mayor trascendencia, pues se ingresa a una situación excepcional, orientada no al aseguramiento sino a la entrega anticipada del derecho en discusión para su pleno disfrute, sin tener la certeza del derecho invocado. Esto implica una decisión de mayor cobertura, pues no asegura nada sino que se entrega directamente al demandante el disfrute del derecho que se busca restablecer.

Ello nos lleva a señalar, que *la tutela anticipada* no se construye con la verosimilitud, *sino de la casi certeza del derecho* que se busca, y *la urgencia se sustenta en dos situaciones*: a) la necesidad impostergable del que la pide (ver artículo 674 del Código Procesal Civil aplicado de manera supletoria) y b) el peligro irreparable e inminente (ver los artículos 682 y 687 del Código Procesal Civil).

Precisamente este es un caso en el que el mismo juzgado reconoce que está dictando una medida provisional cuyos efectos van a alcanzar no solo a quien ha promovido el proceso, sino a un grupo determinado de personas que está integrado por «las mujeres en capacidad de procrear», lo que implica que se trata de un caso de tutela de un derecho colectivo. Por ello, el juzgado, al evaluar el conceder la medida solicitada, habla de la «casi certeza del derecho pretendido».

Consideramos que en este tipo de casos no es apropiado referirse a «verosimilitud» o «certeza» del derecho pretendido. Estos conceptos son apropiados en el marco de la tutela cautelar en la que se pretende

59

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

garantizar la efectividad de un derecho individual (normalmente dispositivo). En dicho marco, a través de una tutela de conocimiento, el proceso es un camino que sirve para determinar con un grado de certeza la existencia del derecho. Por el contrario, en este tipo de casos, al tratarse finalmente de la evaluación de una política pública que incide directamente en derechos constitucionales, lo que ocurre es una ponderación de derechos en distintos momentos (al evaluar la concesión de la medida provisoria y, posteriormente, al emitir el fallo final). El proceso no sirve para determinar con grado de certeza la existencia de los derechos involucrados. Los derechos o valores constitucionales en conflicto existen y deben ser ponderados tanto al momento de conceder la medida provisoria como al momento del fallo final. En esa línea, evidentemente, la medida provisoria no debe ser irreversible.

Finalmente, la tutela anticipada como parte del derecho a un debido proceso colectivo también nos hace cuestionar el procedimiento de la solicitud. En el caso de las medidas cautelares, la regla general es que se tramiten sin conocimiento de la parte contraria para asegurar su efectivo cumplimiento. Esto es totalmente lógico si, por ejemplo, se pretende un embargo sobre los bienes de un deudor. El deudor no es informado de la solicitud porque, de lo contrario, podría desprenderse de los bienes antes de la ejecución de la medida. Sin embargo, en el caso de la tutela anticipada en el marco de procesos colectivos es difícil suponer que pudiera existir un riesgo de ese tipo. En el mismo caso de la medida provisional que ordena, mientras se tramita el proceso principal, que se distribuya el anticonceptivo oral de emergencia, nada hace suponer que existiría un riesgo si es que la parte demandada (Ministerio de Salud) tomara conocimiento de la solicitud antes de que se conceda la medida. Por ello, en el marco de la tutela colectiva, es lógico suponer que no existe razón para restringir el principio contradictorio.

III.6. Un deber calificado de motivación

No cabe duda de que la motivación de las resoluciones judiciales y, más aun, de sentencias por medio de las que se resuelve un conflicto es una garantía que forma parte del debido proceso. Sin embargo, en el marco de la tutela colectiva, se trata de una garantía que adquiere aún mayor relevancia. Independientemente del tipo de derecho colectivo que se pretende tutelar, como hemos mencionado, en todo proceso colectivo existen terceros que no solo tienen un interés, sino que son titulares del derecho discutido y que no forman parte del proceso. En este sentido, todas las garantías que forman parte de un derecho al debido proceso colectivo están orientadas a proteger a estos miembros ausentes del grupo, y la motivación necesariamente debe tener un grado de exigencia mayor.

Adicionalmente, en procesos colectivos, muchas veces se discuten políticas públicas. Con ello, es aun más claro que la exigencia de la motivación de una decisión judicial es más elevada en comparación con un caso donde se resuelva un tradicional conflicto intersubjetivo de intereses. Al decidir sobre una política pública, la decisión judicial va a incidir en la labor y decisiones de la Administración, por lo que las razones que lleven a tomar una decisión en determinado sentido tienen que ser muy bien explicadas.

En dos de los casos que hemos mencionado, es evidente que esto sucede. En el proceso de cumplimiento del caso *Pablo Miguel Fabián Martínez y otros c. Ministerio de Salud y otro*, el Tribunal Constitucional ordena, entre otras cosas, que se desarrolle una estrategia de salud pública de emergencia. Mientras que en el proceso de amparo seguido ante el Primer Juzgado Constitucional de Lima en el caso *Violeta Gómez Hinojosa c. Ministerio de Salud*, el Juzgado explica que la medida provisional dictada no es irreversible porque es una obligación del Estado elaborar políticas públicas destinadas a una adecuada planificación familiar. Como se aprecia, ambos casos están incidiendo en políticas públicas al resolver conflictos de derechos colectivos, lo cual supone una exigencia más alta en su motivación.

III.7. Cosa juzgada colectiva⁶

La cosa juzgada es una de las garantías del derecho al debido proceso y tiene una estricta relación con la efectividad de las decisiones judiciales. El proceso no es un fin en sí mismo, sino que es un instrumento o vehículo que sirve para satisfacer las situaciones jurídico-materiales. Y, para ello, es indispensable que las decisiones tengan un carácter definitivo y, de este modo, sean efectivas.

Sin embargo, cuando las situaciones jurídico-materiales no son individuales sino colectivas, lo que entendemos por cosa juzgada debe ser reformulado. Concretamente, en el caso de los derechos individuales homogéneos. Esto requiere un diseño sistemático de tutela de derechos colectivos que implica analizar los demás elementos esenciales que forman parte de un derecho al debido proceso colectivo. Solamente considerando los demás elementos (representatividad adecuada, publicidad, motivación calificada, etcétera), se puede establecer reglas

6 Lo señalado respecto a la cosa juzgada colectiva en este punto se concentra en los efectos personales que pudieran tener las sentencias dictadas en procesos colectivos. Sin embargo, es cierto también que la cosa juzgada puede analizarse en función del contenido de las sentencias, lo cual principalmente sucede en el caso de las «sentencias constitucionales atípicas» y una de sus especies: las sentencias exhortativas. En el Perú se puede encontrar jurisprudencia de este tipo en sentencias del Tribunal Constitucional, cuyo análisis procesal y constitucional excede los límites de este artículo. Sin embargo, lo que no ocurre en la jurisprudencia peruana es un desarrollo sobre los efectos personales de la cosa juzgada colectiva. Por ello, la atención del análisis del artículo se centra en este punto y en función de las dos únicas normas existentes al respecto.

claras respecto a los efectos de las decisiones finales. Lamentablemente, en el Perú no existe esto, ya que solamente tenemos normas que regulan de forma aislada y desordenada algunos de los efectos de las decisiones que se toman en determinados procesos. En nuestro país son únicamente dos normas las que han fijado su atención en los efectos de una decisión que resuelve un conflicto que involucra derechos individuales homogéneos: (i) la Nueva Ley Procesal del Trabajo, y (ii) el Código de Consumo.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) regula en su artículo 18 los efectos de una sentencia que declara fundada una demanda que reconoce la afectación del derecho de un grupo o categoría de trabajadores o prestadores de servicios. Asimismo señala que luego de emitida dicha sentencia, cada trabajador o prestador de servicios del ámbito puede iniciar un proceso de liquidación de derecho individual. En dicho proceso individual, únicamente se podrá discutir si es que ese concreto trabajador pertenece al grupo respecto del cual ya se declaró, con autoridad de cosa juzgada, la vulneración del derecho. Con lo que el demandado únicamente podría defenderse señalando que al demandante no le alcanza el ámbito fáctico recogido en la sentencia colectiva, es decir, que no pertenece al grupo o categoría respecto de la que ya se declaró vulnerado el derecho.

Esta regulación es muy parecida a la propuesta en el Código Modelo, en donde se plantea que, para el caso de los derechos individuales homogéneos, hay cosa juzgada en el plano colectivo, con lo que se dice que en realidad existen tres etapas: (i) una primera que apunta a la condena genérica (cosa juzgada colectiva); (ii) una segunda de liquidación de sentencia; (iii) una tercera de ejecución (Tam, 2008, pp. 293-294).

Sin embargo, lo establecido en la NLPT tiene algunos vacíos porque, por ejemplo, la norma establece que la sentencia declarativa en el plano colectivo debe ser emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República o el Tribunal Constitucional. Esto tiene como consecuencia que no se sabe qué efectos tendría una sentencia con autoridad de cosa juzgada que declara fundada una demanda en el plano colectivo, pero que no es emitida por dichos órganos jurisdiccionales. Adicionalmente, lo más grave es que no se trata de una regulación que atienda de forma sistemática la tutela de derechos colectivos. Así, los vacíos o dudas son aun más relevantes si nos percatamos, por ejemplo, que en la NLPT se otorga una legitimidad amplia y no se toma en cuenta a la representatividad adecuada. El artículo 9.2 permite iniciar un proceso para proteger una serie de derechos (entre ellos: cualquier derecho que pertenezca a un grupo de trabajadores o prestadores de servicios) a cualquier trabajador o prestador del servicios del ámbito. Con ello,

no se sabe si habría litispendencia o prejudicialidad entre dos procesos que se encuentran en trámite y en los que se discuten los mismos hechos y que han sido iniciados por sujetos distintos (alegando ser miembros del grupo).

Del mismo modo, al no atender de forma sistemática la tutela colectiva, no se regula ningún mecanismo para la publicidad o notificación a los interesados. Parecería ser claro que una sentencia infundada no involucraría a aquellos miembros del grupo que no participaron del proceso. Sin embargo, esto refleja que, en estricto, no se trata de una verdadera tutela colectiva pues podrían existir un sin número de procesos en donde se discutan los mismos hechos. Finalmente, esto refleja una debilidad en la tutela colectiva porque no se constituye como un mecanismo sólido en el cual se puedan resolver definitivamente conflictos colectivos.

Por otro lado, el Código de Consumo es otro ejemplo de una regulación que no ha contemplado de forma sistemática la tutela de los derechos colectivos. Esto se puede apreciar claramente al momento de analizar la efectividad del proceso colectivo regulado en dicha norma. Ya hemos mencionado que el Código de Consumo opta por otorgar legitimidad para iniciar un proceso con el objeto de tutelar un derecho colectivo únicamente al Indecopi o a asociaciones autorizadas por Indecopi. Es decir, el código toma una línea distinta a la tendencia general por medio de la que se otorga legitimidad a cualquier miembro del grupo afectado. Consideramos que esto produce una limitación al acceso a la justicia colectiva y no atiende a la representatividad adecuada como un auténtico requisito indispensable a lo largo de cada proceso particular en donde se pretenda la tutela de un derecho colectivo. Sin embargo, el no entendimiento de la categoría de los derechos individuales homogéneos es tal vez el principal problema de este cuerpo normativo y termina afectando la efectividad del mismo. Esto lleva, a su vez, a que se vulnere también la cosa juzgada como una garantía del derecho al debido proceso colectivo.

El Código de Consumo señala que «transcurrido un (1) año desde la fecha en que el Indecopi cobra efectivamente la indemnización, el saldo no reclamado se destina a un fondo especial para el financiamiento y la difusión de los derechos de los consumidores, de información relevante para los mismos y del sistema de patrocinio de intereses de los consumidores» (art. 131.5). Mientras que el artículo 3.1 del Reglamento de Procesos Judiciales para la Defensa de los Intereses Colectivos de los Consumidores y Fondo Especial para Financiamiento y Difusión de Derechos de los Consumidores establece que «la distribución del monto obtenido en virtud del proceso judicial para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores se realiza a prorrata entre

63

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

todos los consumidores». Plantear como regla principal la distribución a prorrata de la indemnización que se obtenga refleja el no entendimiento de la categoría de derechos individuales homogéneos y, a su vez, la vulneración a la cosa juzgada y efectividad de las decisiones en el marco de la tutela colectiva.

Como hemos señalado, el predominio de la cuestión grupal por sobre la individual es determinante para que sea viable un proceso que tenga por objeto la tutela de derechos individuales homogéneos. Sin embargo, las características individuales que dificultan o facilitan el cumplimiento de la decisión no definen el predominio de la cuestión grupal por sobre la individual. Cuando predomina la cuestión grupal por sobre la individual y, en consecuencia, es conveniente y necesaria la tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos, no se puede establecer una regla predeterminada sobre cómo se determinará el daño. Menos aun puede establecerse que será a prorrata entre todos los afectados.

La determinación del daño individual es un aspecto que se evalúa posteriormente, luego que se ha determinado la vulneración en el plano colectivo. En sistemas donde no existe el *secundum eventum litis* y en casos donde es muy difícil determinar el daño individual (por ejemplo, devolución de sumas cobradas en exceso a usuarios de teléfonos públicos), existe la técnica del *fluid recovery* que consiste en realizar la reparación de forma colectiva, por ejemplo, la reducción de precios o a través de un fondo que destine los recursos a campañas de investigación. Por otro lado, en sistemas donde se aplica el *secundum eventum litis*, cada miembro del grupo liquida su daño individual en el segundo proceso (individual). Pero en ningún caso, una indemnización se reparte, por regla general, a prorrata entre los miembros del grupo.

Estos problemas reflejan que la cosa juzgada, como parte del derecho al debido proceso colectivo, supone que la determinación del daño individual no necesariamente debe realizarse en el marco de la tutela colectiva. Si es posible determinar fácilmente el daño individual (por ejemplo, a través de una fórmula matemática), es correcto hacerlo. Sin embargo, si no es posible por las particularidades del caso, se debe entender que no se puede realizar y que, en función del sistema que se elija, la determinación del daño individual se realizará en otra etapa o no se realizará y se reparará al colectivo de forma indivisible (mediante la técnica del *fluid recovery*). Así, se debe entender que la determinación del daño individual es un aspecto distinto porque, de lo contrario, se puede llegar a plantear, como sucede con el Código de Consumo, una distribución a prorrata que a todas luces deja de garantizar la efectividad de la tutela colectiva.

IV. REFLEXIÓN FINAL

A pesar de que queda mucho por analizar para ver si sería posible crear un sistema de tutela colectiva en el Perú, en el derecho procesal peruano cada vez se presta mayor atención a la tutela colectiva en el ámbito académico y en la jurisprudencia. Sin embargo, en la legislación no se encuentran mayores desarrollos y las pocas normas que existen reflejan la ausencia de un sistema.

En este sentido, el presente artículo ha pretendido aportar como idea principal el análisis de algunos de los elementos que consideramos deben componer un derecho al debido proceso colectivo en el Perú. Entendemos que se trata de un derecho que merece mayor estudio para, precisamente, delimitar su contenido y garantizar su efectividad, por lo que los elementos aquí analizados son solo algunos de los que deberían ser considerados al momento de elaborar seriamente un sistema de tutela colectiva en el Perú.

REFERENCIAS

Cappelletti, M. & Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Giannini, L. (2007). *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata: Librería Editora Platense.

Gidi, A. (2012). The recognition of U.S. class action judgments abroad: The case of Latin America. *Brooklyn Journal of International Law*, 37(3), 893-965. Recuperado de <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol37/iss3/4>

Glave, C. (2011). Modelos incompletos de procesos colectivos. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 38, 111-121.

Glave, C. (2012a). El proceso colectivo regulado en la nueva ley procesal del trabajo. En *Nueva Ley Procesal del Trabajo: Ley 29497* (t. 1, pp. 451-461). Lima: Ministerio de Justicia y Derechos humanos / Editora Perú.

Glave, C. (2012b). El proceso colectivo según el Código de Consumo. *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*, 11, 343-355. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13565/14190>

Issacharoff, S. (2012). Fairness in aggregation. *US-China Law Review*, 9(6), 477-508. doi: 10.17265/1548-6605/2012.06.001

Priori, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius Et veritas*, 26, 273-292. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248/16664>

65

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU

Sucunza, M. (2016). El derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo: Conceptualización e interpelaciones en pos de su efectividad. *Revista de Derecho Público*, 1, 105-163.

Tam, J. (2008). Apuntes sobre los intereses o derechos individuales homogéneos en el marco de la tutela procesal efectiva. En *Derecho procesal: XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.

Verbic, F. (2015). La Corte Suprema Argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo. *International Journal of Procedural Law*, 5(1).

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acordada 32/2014, *Boletín Oficial* (33002) (Corte Suprema de Justicia de la Nación [Argentina], 01 de octubre de 2014).

Código de Consumo, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Congreso de la República [Perú], Ley n.º 29571, *Diario Oficial El Peruano* (02 de septiembre de 2010).

Código Procesal Civil [Perú].

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Caracas (2004). Recuperado de http://iibdp.org/images/Códigos%20Modelo/IIDP_Código%20Modelo%20de%20Procesos%20Colectivos%20Para%20Iberoamerica.pdf

Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 c. Roy Maynas Villacrez [acción de amparo], expediente n.º 4611-2007-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 09 de abril de 2010).

Federal Rules of Civil Procedure [Fed. R. Civ. P.], as amended through December 1, 2016.

Giovanna Quiroz Villaty c. Empresa Minera Yanacocha y otros, Casación 1465-2007-Cajamarca (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], Primer Pleno Casatorio Civil, 22 de enero de 2008).

José S. Linares Cornejo c. Concejo Provincial de Arequipa [acción de amparo], expediente n.º 221-1997-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 29 de octubre de 1997).

Nueva Ley Procesal del Trabajo, Congreso de la República [Perú], Ley n.º 29497, *Diario Oficial El Peruano* (15 de enero de 2010).

Pablo Miguel Fabián Martínez y otros c. Ministerio de Salud y otro [acción de cumplimiento], expediente n.º 0202-2006-AC/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 12 de mayo de 2006).

Reglamento de Procesos Judiciales para la Defensa de los Intereses Colectivos de los Consumidores y Fondo Especial para Financiamiento y Difusión de Derechos de los Consumidores, aprobado por decreto supremo n.º 030-2011-PCM, *Diario Oficial El Peruano* (14 de abril de 2011).

Violeta Gómez Hinostrza c. Ministerio de Salud [acción de amparo], expediente n.º 30541-2014-18-1801-JR-CI-01, resolución n.º tres (Primer Juzgado Constitucional de Lima [Perú], 19 de agosto de 2016).

Viuda de Mariátegui e hijos S.A. c. Sunat y otros [acción de amparo], expediente n.º 4878-2008-AA/TC (Tribunal Constitucional [Perú], 20 de marzo de 2009).

Wal-Mart v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011).

Recibido: 12/04/2017
Aprobado: 10/05/2017

67

APUNTES SOBRE
ALGUNOS
ELEMENTOS DEL
CONTENIDO DEL
DERECHO AL
DEBIDO PROCESO
COLECTIVO EN EL
PERÚ

NOTES ABOUT
SOME ELEMENTS
OF THE CONTENT
OF A DUE
COLLECTIVE
PROCESS IN PERU