

La Protección de los Derechos Individuales Homogéneos y los Problemas de Acceso a la Jurisdicción a través del Proceso Civil

Dante Ludwig Apolín Meza*

De un tiempo a esta parte, las distintas disciplinas jurídicas que se creían, a la luz del paradigma positivista, compartimentos estancos, han sido 'remozadas' y complementadas con enfoques provenientes del constitucionalismo moderno y la teoría general del derecho. En ese sentido, cobran particular relevancia, la reflexión y el debate que el autor suscita a razón de la protección de los derechos individuales homogéneos. Hoy por hoy, una visión integral de la compleja estructura de la ciencia procesal es necesaria, a fin de articular una propuesta de factura jurídica con iniciativas y políticas públicas que redunden en un concreto y óptimo acceso a la justicia.

I. Introducción

El derecho procesal en general y el proceso civil en particular han sido estudiados, durante muchos años, desde una perspectiva absolutamente dogmática y desvinculada de la realidad social, así como de la sociedad a quien debía servir. Como reacción, surgen nuevas perspectivas que centran su atención en los fines de las instituciones procesales, reivindicando los fines del proceso como respuesta a una exagerada posición de autonomía del derecho procesal frente al derecho sustancial.

Consideramos que esta perspectiva teleológica del proceso, no deja ni podría dejar de lado los estudios sistemáticos del derecho procesal, realizado por los grandes procesalistas del siglo XX, sino simplemente pretende reconducir los estudios hacia un fin determinado. Nadie puede negar la utilidad de los estudios dogmáticos, pues resuelven problemas que en forma mediata procuran la eficiencia y eficacia del proceso. Sin embargo, debemos tener presente que una construcción sistemática y dogmática que no resuelva problemas o no ayude a resolverlos en forma mediata, no puede ser considerada una elaboración científica (rasgo de la sistemática), sino que por el contrario, tendría que ser calificada de inútil o meramente conceptualista.

De esta manera, un ejemplo del divorcio entre el derecho procesal y el derecho sustancial, se aprecia en el caso de los denominados "derechos de tercera generación" donde el proceso no ha estado logrando su adecuada protección debido a circunstancias de hecho y de derecho que explicaremos más adelante.

Al respecto, en el Perú existe una legislación dispersa en torno a la protección de los denominados "intereses colectivos y difusos". Así, por ejemplo, la Ley General de Ambiente, el Código de Protección al Consumidor y el Código Procesal Civil, establecen de manera específica en los dos primeros casos y general en el tercero, la consagración y protección de derechos colectivos y difusos. Sin embargo, no existe regulación legal que desarrolle un proceso adecuado para la protección de estos derechos o intereses supraindividuales,¹ menos aún existe una regulación general que permita la protección de los denominados "derechos individuales homogéneos" o "plurindividuales".

En las siguientes líneas, explicaremos los problemas de acceso a la jurisdicción que pueden presentarse, para lograr una efectiva tutela de los denominados "derechos individuales homogéneos" en el Perú, sin entrar a desarrollar cuestiones particulares de este tipo de procesos, como la legitimación, representatividad adecuada, alcances de la sentencia, ejecución, rol de los abogados, etc.

II. La sociedad y los conflictos masivos

No es nuestra intención realizar una descripción absoluta o definitiva con relación a los problemas que vive nuestra sociedad y su necesaria vinculación con el derecho, sino describir algunas circunstancias que se han presentado desde la "modernidad" y que han determinado el surgimiento de los denominados conflictos "masivos".

En concreto, creemos que el común denominador de este tipo de "conflictos" es la afectación simultánea de un

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho Procesal en la misma universidad. Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho y del Post Título en Derecho Procesal Civil en el Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 La protección de los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos requiere de un proceso con ciertas características como una legitimación extraordinaria, en algunos casos representatividad adecuada, regulación de las relaciones de los afectados con los abogados, los alcances de la sentencia y la cosa juzgada, la forma de la ejecución de la sentencia, entre otras.

número significativo de personas, que ha determinado que conflictos dejen de identificarse como el típico caso de "Juan contra Pedro", para admitir la intervención de nuevos protagonistas como consumidores, víctimas de accidentes masivos, vecinos preocupados por el medio ambiente y el patrimonio cultural, trabajadores, etc.

"(...) los derechos difusos son aquellos a que corresponden a un número indeterminado de personas, sin que exista entre ellas un vínculo jurídico, sino que encuentran ligadas por circunstancias de hecho accidentales y variables (...)"

Este fenómeno surge del propio avance de las sociedades, el cual para algunos ha sido determinante de un nuevo período histórico, al que se le ha denominado la "era tecnológica", presentándose así, nuevos desafíos para el derecho sustancial, así como para el derecho procesal.²

Dicha característica de nuestras sociedades, si bien es cierto, ha fomentado el desarrollo de diversas especialidades jurídicas que han pretendido dar solución a estos nuevos problemas desde el derecho sustancial, es también verdad, que, *"el avance a pasos agigantados del proceso científico y tecnológico se tradujo en la expansión de la sociedad industrial moderna a todos los confines del planeta, generando nuevos conflictos que pusieron en jaque las estructuras tradicionales del derecho procesal."*³

Vivimos entonces en una época de crisis de la subjetividad que constituye característica de los que se ha denominado "posmodernidad", mostrando a un "sujeto débil" frente al "sujeto fuerte" que caracteriza a la "modernidad". De esta manera, *"(l)a percepción de la realidad se hace en superficie, donde todo se parece difuso, supeditado a comportamientos pragmáticos, sin preocuparse por justificaciones teóricas, filosóficas. Se ha perdido interés por concepciones globales, acerca del mundo o del hombre, cuya naturaleza no valdría la pena profundizar."*⁴

De esta manera, la masificación de los conflictos ha sido un fenómeno que ha ido desarrollándose y evolucionando al compás del proceso de globalización⁵ y debido a ello, el derecho procesal no puede ser ajeno a este fenómeno, debiendo evolucionar y establecer soluciones "diferenciadas", debidamente estructuradas, permitiendo así dar una adecuada tutela a los intereses a los cuales está llamado a proteger.⁶

III. Tipología de derechos supraindividuales o de incidencia colectiva

Antes de describir los principales rasgos de aquellos derechos que consideramos "derechos supraindividuales", llama la atención la multivocidad y falta de homogeneidad erminológica para identificar estos fenómenos. Entre los diversos términos utilizados podemos señalar los siguientes: intereses difusos, colectivos, de incidencia colectiva, metaindividuales, transindividuales, supraindividuales, superindividuales, multindividuales, plurindividuales, etc.

De esta manera, nosotros preferimos utilizar la denominación utilizada por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica,⁷ el cual desarrolla tres tipos de derechos

2 "El tema es aún más complejo porque el avance de la ciencia nos enfrenta a un nuevo período: la era tecnológica y sus nuevos desafíos (los daños colectivos, la biotecnología, la teleinformática, la contratación masiva, el daño nuclear, etc.). Estamos ante un cambio tan vertiginoso que al científico le es imposible conocer absolutamente todo, y, a la vez, basta el saber utilizar las máquinas para que éstas recopilen la información necesaria. Muchas de las actividades que se realizan son potencialmente fuente generadora de daños, y la responsabilidad civil debe adecuarse a estos nuevos límites y comprenderé que temas como el daño ambiental, el producido por medicamentos o por explosiones de violencia también generan un "daño injusto", que pugna por su reparación." GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. *Los daños colectivos y la reparación*. Buenos Aires: Universidad. 1993, p. 39.

3 VERBIC, Francisco. *Procesos Colectivos*. Buenos Aires: Astrea. 2007, p. 1.

4 CHAUMET, Mario y MENICOCCHI, Alejandro Aldo. "El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna". En: *Investigación y Docencia* N° 23, p. 54.

5 "La conexión de los diversos sistemas sociales se da con tanta fuerza gracias a las globalizaciones como mecanismos desnacionalizantes e interrelacionadores, entre otros, de la economía, derecho, política, sociedad y tecnología, que llevan en su desarrollo fenómenos que se retroalimentan en forma negativa como positiva, dando estas últimas, que son las más, lugar a estructuras disipativas globales. El derecho, y en buena cuenta el proceso, como sistema cibernético (globalizable), está propenso a contraer nuevas funciones en razón a las particularidades de las otras globalizaciones, v. gr., económica, ambiental, tecnológica de información, tecnológica de comunicación, etcétera; lo que revela y asegura que el sistema jurídico está siempre lejos del equilibrio, tendiente a poner en movimiento su estructura disipativa, y por tanto reorganizarse y evolucionar." GONZALES ALVAREZ, Roberto. "Postmodernismo y formación en la enseñanza del derecho procesal". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista*. 2009, pp. 169-170.

6 Es interesante la descripción que hace el profesor argentino Carlos Gherzi sobre algunas características de la posmodernidad con relación al acceso a la justicia: "En la actualidad tenemos un acceso a la justicia lento, caro, inadecuado para la sociedad moderna del consumo, su resultado está a la vista, procesos que perduran durante años, sentencias que se distorsionan por el paso histórico del tiempo, etc. Frente a ello el deterioro del poder judicial con jueces designados a dedo por el poder político de turno que sirve a sus intereses sin actualización salvo contadas excepciones (...) no se lo ve en los Congresos y Jornadas y algunos en sus propios sentencias no sobrepasan manuales de la década del cincuenta o sesenta en sus citas doctrinarias, o copian citas de jueces de otras sentencias actualizadas, pero que nada tienen que ver con el caso de autos. Un procedimiento lento desde el mismo Código Procesal, pero que en la realidad del expediente se hace más lento aún por la falta de impulso judicial y demasadas obstrucciones de abogados salidos de facultades donde se les enseña a pleitear con deshonestidad o como si fuera una guerra en cambio de la colaboración de la búsqueda de justicia. En suma el actual procedimiento no resistió la modernidad y es totalmente inadecuado para entrar en la posmodernidad." GHERSI, Carlos Alberto. *La posmodernidad jurídica*. Buenos Aires: Gowa, 2000, p. 105.

7 Aprobado en Caracas, Venezuela, el 28 de Octubre de 2004. Según la Exposición de Motivos (en <http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/76/1> fecha de consulta 03/09/2012). "La idea de un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica surgió en Roma, en mayo de 2002, en una intervención de Antonio Gidi, miembro brasileño del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el VII Seminario Internacional co-organizado por el "Centro di Studi Giuridici Latino Americani" de la "Università degli Studi di Roma - Tor Vergata", por el "Istituto Italo-Latino Americano" y por la "Associazione di Studi Sociali Latino-Americani". (...) Interesados por la Presidencia del Instituto para preparar una propuesta de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi presentaron el resultado de su trabajo en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, de Montevideo, en octubre de 2002, donde la propuesta fue transformada en Anteproyecto. Luego, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal convocó a una pléyade de profesores de Iberoamérica para que manifestaran su opinión sobre el referido Anteproyecto, tarea que fue coordinada por Antonio Gidi (Brasil) y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México). Los referidos trabajos fueron publicados por la Editorial Porrúa con el título "La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia una Código Modelo para Iberoamérica", y presentados en el transcurso del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal que tuvo lugar en Ciudad de México del 22 al 26 de setiembre de 2003. Con los referidos aportes, la Comisión Revisora, integrada por los Profesores Ada Pellegrini Grinover, Aluiso G. de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luis Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berzonce y Sergio Artavia procedió a perfeccionarlo, surgiendo así la 2ª. Versión del Anteproyecto, que en su redacción definitiva fue revisada por el profesor uruguayo Angel Landoni Sosa. El Anteproyecto fue discutido en Roma, recibiendo algunas sugerencias de perfeccionamiento. Éstas fueron acogidas, habiendo los miembros de la Comisión Revisora, por su parte, presentado otras. Finalmente, votadas las nuevas propuestas, el Anteproyecto se transformó en Proyecto, que fue aprobado en la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en octubre de 2004, durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, en Caracas, convirtiéndose en el Código Modelo de los Procesos Colectivos para Iberoamérica.

supraindividuales: (i) derechos difusos, (ii) derechos colectivos y (iii) derechos individuales homogéneos.

Creemos que un supuesto de hecho hipotético podrá introducirnos al tema y graficará las situaciones que pueden generarse como consecuencia de un daño producido al medio ambiente.

En tal sentido, supongamos que una empresa ha venido extrayendo petróleo de unos pozos ubicados en la amazonía peruana durante treinta años consecutivos, y que durante dicho periodo ha estado vertiendo agentes contaminantes a un río, el cual es fuente principal de agua para siete mil familias que viven en las cercanías de su litoral. Estos hechos podrían generar las siguientes situaciones:

- (i) Si la contaminación al río, como consecuencia de la actividad de la empresa, ha generado daños a la salud de **una persona**, podemos sostener que se ha afectado un **derecho individual** y por lo tanto, el afectado podrá iniciar un proceso contra la empresa, solicitando el pago de una indemnización para reparar el daño que se le ha producido.
- (ii) Si la contaminación al río, como consecuencia de la actividad de la empresa, viene produciendo la extinción de una especie como peces o aves, **se estaría afectando a un conjunto indeterminado que personas**, que tienen derecho a un medio ambiente saludable y a la conservación de las especies. En este caso quien se encuentre legitimado (cualquier sujeto) podría iniciar un proceso contra la empresa, solicitando que se ordene el cese de la contaminación y que se condene a la reparación del daño al medio ambiente, a través de una indemnización u otra medida que permita la reparación de los daños. Debe tenerse en cuenta que el dinero de la indemnización no ingresará al patrimonio del sujeto legitimado, ni de los sujetos que viven en el litoral del río contaminado, sino que estará destinado a reparar el daño al medio ambiente.
- (iii) Si la contaminación al río, como consecuencia de la actividad de la empresa, ha generado daños a la salud de **treinta mil personas**, se ha habrían afectado una pluralidad de **derechos individuales**. Esta situación se diferencia del anterior caso y se asemeja el primero, sin embargo, presenta un problema concreto: **cómo se organiza la jurisdicción para garantizar el acceso y satisfacción de treinta mil pretensiones**.⁸

En los ejemplos propuestos, se vislumbran los derechos individuales, difusos e individuales homogéneos, denominados así, primero por el Código de Defensa del Consumidor de 1990 y luego en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica,⁹ los cuales comentaremos a continuación.

III.1. Los derechos difusos

Sobre el particular la doctrina se ha encargado de darle un contenido a los derechos o intereses difusos, siguiendo en muchos casos la clásica distinción entre derechos difusos y colectivos.¹⁰ Nosotros consideramos que los derechos difusos son aquellos a que corresponden a un número indeterminado de personas, sin que exista entre ellas un vínculo jurídico, sino que encuentran ligadas por circunstancias de hecho accidentales y variables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc.¹¹ A partir de esta definición general, podemos deducir que desde el punto de vista procesal, existirá “colegitimación” de los titulares del derecho difuso, al momento en que se opte por interponer una demanda destinada a la protección del interés difuso.

El fenómeno de la “colegitimación” que recae en el grupo indeterminado de personas, tendrá importantes repercusiones al interior del proceso, generando que las clásicas instituciones procesales se adapten a estos nuevos fenómenos. Así, a modo de ejemplo, con relación al tipo de legitimación con el que se accede a la jurisdicción tendrá que distinguirse entre legitimación ordinaria y extraordinaria, con relación al tipo de litisconsorcio que se formará al momento en que dos o más sujetos decidan interponer la demanda, deberá ser distinto a los clásicos tipos de litisconsorcio (necesario o facultativo) para hablarse ahora de litisconsorcio cuasinecesario, respecto de los alcances de la sentencia que se pronuncie sobre el derecho difuso, podrá tener eficacia *ultra partes*, *secundum eventum litis* o exclusivamente *inter partes*.

Nosotros consideramos entonces, que la colegitimación es una de las características que a nivel procesal tienen los procesos destinados a la protección de los derechos difusos, la cual se derivaría de la atribuida “indivisibilidad” de este tipo de derechos¹² y de su identificación a un número indeterminado

8 MEROL, Andrea. *Procesos Colectivos. Recepción y problemas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. 2008.

9 Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica: Art 1°. - *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 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.*

10 Osvaldo Alfredo Gozáini señala que “... suelen llamarse intereses difusos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación o propagación subjetiva del motivo a defender. Son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos del consumidor de bienes y servicios, los derechos que provienen del arte, los derechos de las razas y de las culturas, entre otros notables por su dimensión. (...) La transpersonalización caracteriza el objeto, pero es la dimensión del grupo subjetivo lo que determina la verdadera noción de difuso o colectivo, pues entre ambos hay cierta identificación que confunde y corresponde esclarecer. El derecho o interés difuso se reconoce por comunicar a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) examinan y definen un sector particular del gravamen.” GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *Derecho Procesal Constitucional Protección procesal del usuario y consumidor*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2005, p. 94.

11 De igual forma señala Mabel de los Santos la denominar intereses difusos “... aquellos intereses que afectan a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos.” DE LOS SANTOS, Mabel. “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”. En: *Libro de Ponencias Generales y Trabajos seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal -Para afianzar la justicia- del 22, 23 y 24 de Septiembre de 2005*. Buenos Aires: “La Ley”. 2005, p. 27.

12 Cfr. SALGADO, José María. *Tutela individual homogénea*. Buenos Aires: Astrea, 2011; GIANNINI, Leandro. *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata: Librería Editora Platense, 2007; PÉREZ RAZGONE, Álvaro. “Prolegómenos de los amparos colectivos -Tutela de las incumbencias multisubjetivas- Parte General”. En: *Revista de Derecho Procesal N° 4 Amparo. Habeas Data. Habeas Corpus, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 104.*

de personas que obliga a identificar a los sujetos legitimados.¹³

En el ejemplo que propusimos referido a la contaminación del medio ambiente, quedará claro que todos los titulares de este derecho (en la medida que ley otorga legitimación extraordinaria) estarán legitimados (colegitimación) para iniciar un proceso en el que se pretenda el cese de la contaminación. En tal sentido, la sentencia que pudiera dictarse, declarando fundada la demanda, afectará a todos por igual de manera “indivisible”.

III.2. Los derechos colectivos

Teniendo en cuenta la definición de derechos difusos, los derechos colectivos serán aquellos que corresponden a un número determinado o determinable de personas, entre las cuales existe un vínculo jurídico o una relación jurídica base.¹⁴

De esta manera, la profesora Argentina María Carlota Ucin señala que los derechos colectivos “son aquellos derechos que pertenecen a una clase o categoría de personas (puede pensarse también en un grupo social, incluso en los derechos de las minorías), que sí están ligadas por una relación jurídica de alteridad. Pueden ubicarse en esta sección los derechos prestacionales de propios del Estado Social de Derecho que en principio tienen reconocimiento ligados a la pertenencia a un grupo social determinado (trabajadores en general o de determinado rubro en particular).”¹⁵

A decir, de algunos autores, los derechos colectivos, comparten con los derechos difusos la característica de la “indivisibilidad” ya que se trata de un derecho de titularidad de un grupo de personas, cuyo amparo a través de un proceso judicial afectará a todos los miembros del grupo por igual.¹⁶

En este sentido, se ha sostenido que el hecho que el interés sea indivisible, significa que el objeto respecto del cual recae el interés no pueda ser dividido en “pretensiones individuales independientes.”¹⁷ Sin embargo, pese a ello, es posible que más de un legitimado decida iniciar procesos independientes y, de no realizarse una acumulación de los procesos, podrían emitirse sentencias contradictorias. En otras palabras, la propia legitimación extraordinaria

otorgada para facilitar el acceso a la jurisdicción, determina que los legitimados puedan formular “pretensiones individuales independientes”.

III.3. Los derechos individuales homogéneos

Conforme lo hemos señalado en el ejemplo referido a la contaminación del medio ambiente, el conflicto contenido en el ejemplo permite que puedan formularse diversas pretensiones para (i) reparar el daño al medio ambiente o (ii) para reparar el daño individualmente sufrido por las personas afectadas. La reparación de estos daños individuales puede ser objeto de demandas individuales, litisconsorciales o supraindividuales.

En el mismo ejemplo, si bien es posible teóricamente que la reparación de los daños individuales sea substanciados a través demandas individuales o litisconsorciales, cabe preguntarnos si las treinta mil personas afectadas en su salud, podrían formular sus pretensiones de manera individual o conjunta para la reparación de los daños sufridos.

Según el profesor Montero Aroca, los derechos individuales homogéneos no son más que una suma de conflictos individuales que se refleja procesalmente en el fenómeno de la acumulación¹⁸ y por lo tanto de *lege lata*, la acumulación de pretensiones constituiría un mecanismo ya existente para la protección de los derechos individuales homogéneos.¹⁹

Conforme veremos más adelante la acumulación de pretensiones no resuelve el problema de acceso a la jurisdicción para la protección de los derechos individuales homogéneos, por lo que se requiere de una tutela diferenciada que permita proteger de manera adecuada estos derechos.

De esta manera, los derechos individuales homogéneos no pueden identificarse con la simple suma de intereses o derechos individuales, sino que debido a ciertas características que veremos más adelante, resultan mercedores de un tratamiento procesal diferenciado. Este tratamiento diferenciado deberá permitir que los derechos individuales puedan ser satisfechos sin que sea necesario que la totalidad de los titulares de los derechos individuales se hayan apersonado al proceso o inclusive sin que dichos titulares sean plenamente identificados al

13 Para Ada Pellegrini Grinover los intereses difusos son “...aquellos que no reconocen vínculo jurídico entre las personas pertenecientes al grupo que defienden esos mentadores intereses pero que se identifican entre sí por circunstancias de hecho contingentes y variables, como las de pertenecer al mismo barrio, participar de ciertos emprendimientos y/o consumir determinados productos. Comprendase en esta especie a intereses difusos muy amplios, como los que tienden por su objeto a la protección del medio ambiente, a los consumidores y a los usuarios de servicios públicos” PELLEGRINI GRINOVER, Ada. “Acción de Amparo Colectiva (‘Mandato de Segurança’) Legitimación, objeto y cosa juzgada.” En: *Revista de Derecho Procesal* Nº 4 Amparo. Habeas Data. Habeas Corpus, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 205. En este mismo sentido, Juan Carlos Hitters señala que “...se refieren a personas indeterminadas vinculadas por circunstancias fácticas, son frecuentemente genéricos y contingentes, accidentales y mutables, por ejemplo el hecho de habitar en una misma zona, o de consumir idénticos productos o estar en parecida situación socioeconómica...” HITTERS, Juan Carlos. “Alcance de la Cosa Juzgada en los Procesos Colectivos”. En: *Libro de Ponencias Generales y Trabajos seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal –Para afianzar la justicia – del 22, 23 y 24 de Septiembre de 2005*, Mendoza Buenos Aires: “La Ley”, 2005, p. 81.

14 Respecto a los derechos colectivos, se ha dicho que: “en ellos existe un vínculo jurídico o una relación jurídica base que una a las personas pertenecientes al grupo, como los afiliados a un sindicato o miembros de una entidad asociativa, las personas interesadas en la preservación del medio ambiente o en la eliminación de la propaganda engañosa que se asocian para la defensa de su clase o categoría.” PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Ob. Cit.* p. 205. De igual forma, Mabel de los Santos afirma: “los derechos colectivos, transindividuales o indivisibles tienen la particularidad de que los integrantes del grupo se encuentran vinculados por una relación previa que hace que la pertenencia al grupo se encuentra al grupo sea más definida que los integrantes del grupo se encuentran vinculados por una relación jurídica previa que hace que la pertenencia al grupo sea más definida que en el caso de los derechos difusos. Vale decir que abarca a un grupo determinado de personas” DE LOS SANTOS, Mabel. *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*. *Ob. Cit.* p. 27.

15 UCÍN, María Carlota. “Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual”. En: *Libro de Ponencias Generales y Trabajos seleccionados del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal –Para afianzar la justicia – del 22, 23 y 24 de Septiembre de 2005*. Buenos Aires: “La Ley”, 2005, p. 148.

16 Cfr. SALGADO, José María. *Tutela individual homogénea*. Buenos Aires: Astrea, 2011; GIANNINI, Leandro. *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata: Librería Editora Platense, 2007.

17 GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en Brasil*. México: UNAM, 2004, p. 54.

18 MOTERO AROCA, Juan. *La legitimación en el proceso civil (intento por aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él)*. Madrid: Civitas, 1994, p. 62.

19 Sobre los mecanismos de tutela de los derechos individuales homogéneos, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda* puede verse a: GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*. Navarra: Aranzadi. 1999, pp. 484 y ss.

inicio del mismo. Así, un sujeto podría estar legitimado para actuar a favor del conjunto determinado o por lo menos determinable de personas, a fin de obtener una sentencia que satisfaga el interés individual de los miembros del grupo.

Uno de los requisitos que consideramos resulta ineludible para considerar al conjunto de derechos como derechos individuales homogéneos es la existencia de determinado vínculo entre las pretensiones de los miembros del grupo. De esta manera, el vínculo entre las pretensiones puede ser de conexidad o de homogeneidad.

Otras situaciones que determinarán la conveniencia de un tratamiento diferenciado serán: (i) la existencia de un elevado número de personas,²⁰ (ii) que deba existir un predominio de de las cuestiones comunes frente a las individuales, es decir, que las cuestiones conexas u homogéneas sean predominantes a la hora de resolver el conflicto, y (ii) que pueda demostrarse la utilidad del tratamiento diferenciado para resolver el conflicto, ya que de lo contrario podría utilizarse este tipo de procesos de manera abusiva, sin que exista una razón (juicio de necesidad) que justifique el inicio de un proceso de naturaleza excepcional.²¹

IV. Imposibilidad legal de indemnizar a un grupo indeterminado de personas, por daños personales, a través del proceso civil peruano

En las siguientes líneas, se podrá apreciar la necesidad de crear un procedimiento diferenciado del proceso ordinario para la tutela de los derechos individuales homogéneos, para lo cual nos ubicaremos frente al daño individual que pueden sufrir los habitantes de una determinada población (p.e. una comunidad nativa), como consecuencia de un daño producido al medio ambiente. En tal sentido, veremos que la actual estructura del proceso ordinario, con requisitos y límites pensados para conflictos individuales, no permite lograr la reparación de los daños individuales de una manera efectiva, lo que hace que el proceso ordinario no sea capaz de cumplir sus propios fines.

De esta manera, partimos de considerar que todo sujeto tiene derecho a ser indemnizado por los daños que le pudieran haber ocasionado otro u otros. Sin embargo, las leyes peruanas establecen que la responsabilidad por daños, cumple una función compensatoria o resarcitoria, pero no una función punitiva. En este orden de ideas, quien solicite una indemnización por daños personales, deberá alegar y probar en el proceso, la existencia del daño, así como la existencia de una relación causal entre los daños sufridos por la víctima y la actuación de la parte demandada. Corresponderá al demandado, alegar y probar la ausencia de dolo o culpa, así como las causas de exoneración de responsabilidad.

IV.1. Inexistencia de vías legales para solicitar judicialmente indemnización por daños personales, a favor de un grupo indeterminado de personas o “clase”

Conforme lo establece el Artículo 2° del Código Procesal Civil Peruano, el proceso civil tiene por función dar solución a un conflicto intersubjetivo (entre personas) de intereses, para lo cual un sujeto debe presentarse ante el Juez, en forma directa o través de un representante legal o apoderado.

De esta manera, la persona o el grupo de personas que desee solicitar una indemnización por daños personales debe ser “determinada”, pues no es posible en el Perú, iniciar procesos judiciales en nombre de un grupo indeterminado de personas, cuando lo que se solicita es una indemnización por daños personales. Tampoco es posible iniciar este proceso, cuando el grupo de personas sea indeterminado pero determinable en un momento posterior.

Un problema particular del proceso civil peruano, es que está basado en un sistema rígido de preclusiones, es decir, para que los actos procesales sean eficaces, han de realizarse en el momento establecido en la Ley, careciendo de validez en otro caso, por lo que no es posible incorporar a nuevos sujetos como demandantes o nuevas solicitudes o pedidos, si la demanda ya fue admitida y notificada a las partes.

De esta manera, las reglas del Código Procesal Civil, no permiten el inicio de procesos con la finalidad de obtener una indemnización a favor de un grupo indeterminado de personas, pues una demanda así planteada será declarada inadmisibles en aplicación de lo establecido en los artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil.

Todo ello determina que no existan vías legales en el Perú que sean siquiera semejantes a la *class action for damages* del derecho en EEUU o a la regulada en el Código Modelo de Proceso Colectivos para Iberoamérica para la protección de derechos individuales homogéneos. Por esta razón, una demanda que busque la indemnización de un grupo indeterminado de personas no podría ser admitida en el Perú.

Si bien en el Perú se reconoce la protección de los derechos individuales, colectivos y difusos, esta protección no se haría extensiva al caso de una solicitud de indemnización a favor de un grupo indeterminado de personas, ya que cuando se protege un derecho individual, la ley concede al sujeto individualmente considerado una facultad para la satisfacción de su propia e individual necesidad, este sería el caso, por ejemplo, del derecho de propiedad, el cual será ejercido a través de un proceso de manera individual y no conjuntamente con otros derechos de propiedad.

En el caso de los derechos colectivos, por el contrario, se parte de reconocer las necesidades de un “conjunto”

20 El número de personas deberá ser considerado a partir del caso concreto por el Juez o por la Ley, como sucede en el caso de las acciones de grupo en el derecho Colombiano, que exige un mínimo de 20 personas para que la demanda sea admitida.

21 Esta ha sido la opción utilizada en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica:

“Art. 2°. *Requisitos de la demanda colectiva.* - Son requisitos de la demanda colectiva:

I.- la adecuada representatividad del legitimado;

II.- la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

Par. 1°. Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.”

determinado de personas, es decir, de un grupo de personas, que están o pueden estar determinadas y entre las cuales existe un vínculo jurídico. Este vínculo jurídico determina que este tipo de derechos le corresponda a grupos organizados, asociaciones profesionales, sindicatos de trabajadores, etc. Por su parte, los derechos difusos (a diferencia de los derechos individuales o colectivos), son aquellos que pertenecen a un grupo indeterminado de personas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que encuentran ligadas por circunstancias de hecho accidentales y variables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc. Un ejemplo de derecho difuso será el derecho a un medio ambiente saludable.

“El reconocimiento de los derechos difusos en el Perú, es el único caso en el que se permite el inicio de un proceso judicial cuando la parte demandante se encuentre conformada por un grupo indeterminado de personas.”

El reconocimiento de los derechos difusos en el Perú, es el único caso en el que se permite el inicio de un proceso judicial cuando la parte demandante se encuentre conformada por un grupo indeterminado de personas. Sin embargo, cuando las leyes establecen los mecanismos para la protección de este tipo de derechos, el ámbito de protección se centra en la prevención, es decir, su objetivo será (i) evitar que un daño se concrete o (ii) que se continúe produciendo. No se busca una indemnización o reparación pecuniaria a favor de las víctimas del daño individualmente consideradas, sino que excepcionalmente se busca que el causante repare el daño al bien jurídico afectado (p.e. el medio ambiente).

En consecuencia, los procesos judiciales destinados a proteger el derecho difuso al medio ambiente saludable,²² no tienen por finalidad resarcir el daño ocasionado a las personas, como consecuencia de la contaminación al medio ambiente, sino tan solo evitar

que el daño al medio ambiente se produzca o evitar que se continúe produciendo, y por lo tanto, no resultan idóneos para resolver una pretensión de indemnización a favor de un grupo indeterminado de personas.

IV.2. Impedimento legal para que el grupo de personas pueda solicitar una indemnización por daños personales, aun cuando el grupo se encuentre determinado

Si bien no existe posibilidad legal de iniciar un proceso judicial para resarcir los daños personales ocasionados a un grupo indeterminado de personas, podría pensarse que por lo menos un grupo “determinado” de personas (aunque estas sean muchas), podría iniciar válidamente en el Perú un proceso judicial para obtener una indemnización por los daños que la contaminación al medio ambiente les habría provocado. Sin embargo, esta posibilidad no se encuentra contemplada en el Código Procesal Civil peruano, pues existen serias limitaciones legales para acumular pretensiones (como la de indemnización), que no harían posible esta situación.

En efecto, el Código Procesal Civil, define a la “acumulación subjetiva de pretensiones” como aquella que se presenta cuando en un proceso se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados.²³ Esto sucedería si un grupo “determinado” de personas deciden iniciar un proceso con la finalidad que se les otorgue una indemnización, a cada uno de ellos, por los daños personales que habrían sufrido. Es decir, existiría una pluralidad de sujetos como demandantes y una pluralidad de solicitudes o de pretensiones que el Juez debe resolver.²⁴

En estos casos, el artículo 86° del Código Procesal Civil,²⁵ exige que las pretensiones que se acumulan en el proceso (i) provengan de un mismo título, (ii) se refieran a un mismo objeto, (iii) exista conexidad entre ellas, (iv) sean de competencia del mismo Juez, (v) no sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y (vi) sean tramitables en una misma vía procedimental. Si alguno de estos requisitos no es cumplido, la acumulación de pretensiones no será procedente y por lo tanto, el proceso deberá concluir por existencia de una “indebida acumulación de pretensiones”.²⁶

De esta manera, en caso que un grupo “determinado” de pobladores afectados por la contaminación del medio

22 Si bien en el Perú se han iniciado diversos procesos civiles y de amparo, para proteger el derecho al medio ambiente, como consecuencia de la contaminación provocada por empresas nacionales y extranjeras, el objetivo de estos procesos se ha limitado a evitar que el daño al medio ambiente se concrete o que se continúe produciendo. No busca indemnizar a las personas afectadas, pues el derecho de éstas no es un derecho difuso, sino un derecho individual. Si bien la regulación del Código Procesal Civil permite que la parte demandante solicite una indemnización; el monto de dinero recibido se destina a reparar el daño al medio ambiente y no a las víctimas de daños personales.

23 “Artículo 86.- Requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones.-
(...)”

Se presenta cuando en un proceso se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados.”

24 Existirá una pluralidad de pretensiones en la medida que cada uno de los demandantes solicitará una indemnización para sí con relación a la magnitud del daño sufrido.

25 “Artículo 86.- Requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones.-

Esta acumulación es procedente siempre que las pretensiones provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto, exista conexidad entre ellas y, además, se cumplan los requisitos del Artículo 85.

(...)”

“Artículo 85.- Requisitos de la acumulación objetiva.-

Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que éstas:

1. Sean de competencia del mismo Juez;
2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y
3. Sean tramitables en una misma vía procedimental.

Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este Código.”

26 Artículo 427.- Imprudencia de la demanda.-

El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

(...)”

7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

(...)”

ambiente, decida interponer una demanda conjunta para el resarcimiento de sus daños, deberán acreditar necesariamente que entre sus pretensiones exista “conexidad”.

La conexidad que exige el Código Procesal Civil, en este tipo de casos, consiste en la identidad necesaria entre los elementos que constituyen las pretensiones de los demandantes. En otras palabras, la ley peruana requiere que las pretensiones de los demandantes provengan de un mismo título y se refieran a un mismo objeto, esto significa que la causa (título) que origina el pedido de indemnización, en todos los casos, debe ser idéntica para todos y que los pedidos (objeto) formulados por todos los demandantes sean los mismos.

En este sentido, si el grupo “determinado” de personas intentara iniciar en el Perú, un proceso en el que solicite el pago de una indemnización para cada uno de ellos, el Juez deberá verificar si la causa y los pedidos son idénticos para todos los demandantes.

Obviamente, el Juez peruano concluirá en que ni la causa ni el objeto de las pretensiones son idénticas, pues en la medida que cada demandante reclama sobre “su daño” personal, la causa o fundamento de la indemnización, será en todos los casos distinta, porque se sustenta en daños de sujetos distintos. De igual forma, el objeto de las pretensiones será distinto debido a que el monto de cada solicitud de indemnización responde a un daño que como hemos señalado es distinto.

Si bien las pretensiones pueden ser “homogéneas” entre sí por tener un origen común, no tienen elementos idénticos, por lo que no se cumpliría el requisito exigido en el artículo 86° del Código Procesal Civil. Esto significará que la eventual demanda del grupo “determinado” de personas, será declarada improcedente por la existencia de una indebida acumulación de pretensiones.

IV.3. El proceso civil peruano no es adecuado para solucionar el conflicto por daños personales por contaminación al medio ambiente

Bajo estas circunstancias, las víctimas del daño masivo por contaminación al medio ambiente, no tendrán otra alternativa en el Perú, que iniciar individualmente tantos procesos judiciales como sujetos afectados existan, es decir, si fueras mil personas las afectadas, deberán iniciarse 1000 procesos judiciales contra la empresa que supuestamente habría ocasionado los daños.

Es precisamente por ello, que creemos que no es posible que tal cantidad de personas pueda acceder al sistema de justicia peruano, pues ello significa que cada sujeto deberá: (i) Contratar a un abogado para que le brinde asesoría y lleve adelante el proceso judicial, (ii) promover de forma obligatoria un procedimiento de conciliación extrajudicial contra la empresa demandada, en caso

decidan iniciar un proceso en la ciudad de Lima (capital del Perú), (iii) presentar la demanda en forma directa o a través de un representante, (iv) participar en forma personal en las audiencias que se realicen en el proceso judicial, lo que significará traslados obligatorios al lugar donde se encuentre el Juzgado.

Todo ello, generará costos que no podrán asumir los demandantes en forma individual, si se trata de los miembros de una comunidad nativa de nuestra Amazonía, por lo que es altamente probable que el conflicto no llegue a ser resuelto en su integridad, por deserción voluntaria de los propios afectados.²⁷ Esta situación únicamente perjudicaría a los miembros de la comunidad nativa y a la posibilidad de resolver el conflicto en forma definitiva.

Por otro lado, aun cuando fuera posible inicio de procesos judiciales, por solo algunos de los perjudicados como consecuencia de la contaminación, existe el riesgo que se emitan sentencias contradictorias que harían reducir aún más las posibilidades de resolver el conflicto de manera adecuada, creando además incertidumbre jurídica en cuanto a la responsabilidad de las empresas demandadas, desincentivando aún más a pobladores de la comunidad nativa que tendrían dudas respecto de iniciar o no procesos judiciales.

V. Los derechos individuales homogéneos: conveniencia de un tratamiento diferenciado

Del ejemplo propuesto, parece evidente la conveniencia crear un procedimiento especial para la substanciación de pretensiones destinadas a la protección de los derechos individuales homogéneos; no solo para evitar que las barreras económicas, culturales y legales de acceso a jurisdicción impidan que los titulares de los derechos individuales homogéneos puedan ver satisfechos sus intereses, sino para lograr que ciertos valores y principios sean respetados.

En efecto, un procedimiento que permita un real acceso a la jurisdicción, desalentará prácticas masivas antijurídicas, evitará la eventualidad de que se emitan sentencias contradictorias (en caso los titulares de los derechos individuales opten por iniciar procesos independientes) y en este sentido, velará por la seguridad jurídica que requiere nuestra sociedad.

Desde otro punto de vista: *“O se produce un colapso en el sistema, por la multiplicidad de los reclamos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo-beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado); O se garantiza la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas con-sumadas (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 (ignorancia, soledad,*

27 Además debe considerarse que en el Perú existen múltiples barreras de acceso a la jurisdicción, entre ellas podemos señalar: Dificultades geográficas, inadecuado número y distribución de los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, altos costos del servicio de justicia, desconocimiento de la población sobre sus derechos y las formas de hacerlos valer ante el sistema de justicia, desconfianza y temor en el sistema peruano, percepción de injusticia y corrupción en el sistema, percepción de complejidad del sistema, de sus procedimientos y de la redacción legal de sus instrumentos, percepción de divorcio cultural entre el sistema y la realidad social, en lo referente a los conceptos de derecho y de justicia de los diferentes sectores poblacionales para dar solución a conflictos concretos, utilización de idioma diferente a la lengua nativa, lentitud de los procedimientos, incertidumbre de los fallos, ineficacia del sistema para resolver los problemas concretos, percepción de desigualdad en el acceso, debida a discriminación por razón de sexo, raza, posición social y económica, y posición política.

dispersión, dificultosa coordinación de la masa afectada, deficiente relación entre el costo y la utilidad de la acción singular, etc.).”²⁸

VI. Supuestos de derechos individuales homogéneos

A continuación, realizaremos una breve descripción de los derechos individuales homogéneos clasificados en atención al vínculo entre las pretensiones contenidas en la demanda y en atención al tipo de pretensión que constituye el objeto del proceso.

VI.1. En atención al vínculo entre las pretensiones

Es una característica del proceso a través del cual se tutelan derechos individuales homogéneos, que exista una pluralidad de derechos individuales y por ello que exista pluralidad de pretensiones al interior del proceso.

Independientemente de la forma en que las pretensiones sean propuestas, la existencia de una pluralidad de derechos individuales, nos lleva necesariamente a la existencia de una acumulación de pretensiones.

Para que estas pretensiones sean tramitadas en un único proceso, se requiere la existencia de algún vínculo entre ellas, que permita que la acumulación de pretensiones cumpla su finalidad principal, que es evitar sentencias contradictorias.

En el caso del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el vínculo exigido consiste en que los derechos subjetivos individuales, tengan un “origen común.”²⁹ Este requisito tiene un significado claro que implica que la afectación a la pluralidad de sujetos deba tener una causa o fuente única, es decir, que en el caso de los afectados por la contaminación ambiental, que un mismo hecho dañoso, sea la causa adecuada de los daños sufridos. No habría otra interpretación posible, salvo que realicemos un cambio semántico.

En este sentido, creemos que el vínculo que habilite la acumulación de pretensiones no puede limitarse al “origen común” de los derechos individuales, sino a otros factores como la homogeneidad en sentido estricto, conforme lo veremos más adelante.

a. Derechos individuales homogéneos vinculados por conexidad entre las pretensiones

Las pretensiones que sean formuladas afirmando la existencia de derechos individuales homogéneos, pueden ser conexas entre sí, en aquellos casos en que los derechos individuales tengan un “origen común”.

La conexidad es una situación que vincula a las pretensiones y se presenta cuando, comparando dos o más pretensiones, se verifica la identidad entre alguno de los elementos de la constituyen, es decir, entre el objeto (*petitum*) y la causa

(*causa pedendi*) o alguno de los elementos de ésta última.³⁰ En tal sentido, la conexidad puede ser objetiva, causal o semicausal.

Las pretensiones o los derechos individuales tendrán un origen común cuando la causa de la pretensión o parte de ella sea idéntica para todas las pretensiones, es decir, serán conexas cuando exista conexidad causal o semicausal. Ejemplo de ello, será el daño cometido por la empresa petrolera, como consecuencia de la derrame de agentes contaminantes al río que abastece de agua a más de treinta mil personas. En este caso, el derrame de los agentes contaminantes se ha realizado en un único momento y es en razón a tal hecho dañoso, que los pobladores de la comunidad sufrieron daños a su salud.

b. Derechos individuales homogéneos vinculados por la homogeneidad en sentido estricto

Caso distinto es aquel en que los daños a la salud de las personas que habitan cerca del río, tengan como causa o hecho dañoso la contaminación que realizó la empresa, pero de manera eventual y esporádica durante un largo período de tiempo. En este caso, no existe una única causa del daño, por lo que no puede afirmarse que exista conexidad. Sin embargo, existe una sucesión de hechos dañosos o causas “homogéneas” que sí puede habilitar la acumulación de pretensiones.

Si bien es cierto que la simple “homogeneidad” no determina que puedan expedirse sentencias contradictorias, ya que no existe conexidad o identidad de alguno de los elementos de las pretensiones, es también cierto que la acumulación de pretensiones no solo responde a su finalidad primordial de evitar sentencia contradictorias, sino que excepcionalmente también se encuentra habilidad para procurar simple y llanamente la economía procesal, cuando así lo establezca la ley.

VI.2. En atención al objeto del proceso

Teniendo en cuenta el tipo de pretensión que constituye el objeto del proceso, los derechos individuales homogéneos, pueden ser satisfechos de manera total o parcial, a través de (i) una pretensión de condena genérica con liquidación posterior o a través de (ii) pretensiones individuales y liquidadas en sentencia.

a. Pretensión de condena genérica y liquidación posterior

Este sería el caso de un proceso que tuviera como objeto la declaración de una condena genérica al demandado, y en consecuencia un pronunciamiento sobre las “cuestiones comunes” de los miembros del grupo.

En el ejemplo del proceso iniciado por los afectados como consecuencia de la contaminación del medio ambiente, una pretensión de condena genérica consistiría en la

28 GIANNINI, Leandro. *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*. La Plata: Librería Editora Platense, 2007, p. 71-72.

29 Art 1°. - Ámbito de aplicación de la acción colectiva - La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de: (...)

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.

30 Cuando el artículo 84° hace referencia a “elementos afines entre ellas” como un supuesto de conexidad, se refiere a la existencia de identidad entre algunos de los elementos que forman la causa de pedir de las pretensiones, es decir, de hace referencia a un supuesto de conexidad semicausal.

declaración de responsabilidad de la empresa petrolera y la condena al pago de los daños causados. Dejando para un momento posterior, la determinación de la cuantía de la indemnización a favor de cada sujeto dañado.

En este sentido, el petitorio de la pretensión sería ilíquido y la actividad probatoria estaría restringida a un aspecto de la responsabilidad civil, lo que determinaría la obtención de una sentencia de condena pronta, aunque liquidable en un momento posterior.

Es importante señalar que existirán casos en los que la condena genérica, podrá satisfacer a los miembros del grupo, en la medida que el vínculo entre las pretensiones puede ser causal y en este sentido, la satisfacción del interés de uno de los sujetos, implica la satisfacción de todos los miembros del grupo.

b. Pretensiones individuales y liquidadas en sentencia

Otra alternativa para la tutela de los derechos individuales homogéneos será la creación de un proceso en el que se discutan y se resuelvan todas las cuestiones comunes (conexas u homogéneas) entre las pretensiones de los miembros del grupo y al mismo tiempo todas las cuestiones individuales o particulares de las pretensiones que constituyen el objeto del proceso.

En este sentido, se dictará una sentencia que se pronuncie sobre cada una de las pretensiones que constituyen el objeto del proceso. En el ejemplo que venimos utilizando, la sentencia se pronunciará sobre la responsabilidad de la empresa petrolera, así como del daño producido a cada uno de los sujetos demandantes.

En aquellos casos que predominen las cuestiones de hecho sobre las de derecho, esta alternativa tendrá la desventaja de tener una etapa probatoria muy extensa compleja, que en algunos casos podrá desalentar el acceso a la jurisdicción.

VII. Conclusiones

A partir de lo expuesto, consideramos que a fin de garantizar un real acceso a la justicia, surge la necesidad de realizar un cambio en la legislación vigente, en relación a la protección de los derechos o intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos. Sin embargo, este cambio no puede realizarse a través de una simple reforma de las normas vigentes, sino que creemos conveniente la creación de una Ley General para la protección de los Derechos o Intereses Colectivos, Difusos o Individuales Homogéneos, como ya existe en otros países de Latinoamérica, tales como Brasil y Colombia 