

Las *class actions*: apuntes metodológicos sobre un trabajo de investigación⁽¹⁾

Giovanni F. Priori Posada

Profesor ordinario de derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Profesor de la maestría en derecho con mención en Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú
Magister en derecho por la *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*.
Miembro de la Asociación Civil *Ius et Veritas*

I

Agradezco la gentileza que han tenido mis amigos de *Ius et Veritas* de invitarme a comentar el Trabajo de Investigación (en adelante, “TI”) realizado por un grupo de sus miembros.

Cuando me proponía a realizar la crítica pasaron por mi cabeza varias opciones. Como se me había pedido ser breve, pude optar por decir que el TI era muy bueno, felicitar a sus autores por el esfuerzo y pasar a resaltar los puntos más importantes del trabajo; lo que habría hecho inútil mi labor y decepcionado a los miembros del grupo de investigación; pues si realizaron un TI y dedicaron tanto tiempo a ello era para que alguien, sobre la base de un estudio crítico (aunque breve, como es mi caso), acepte o rechace las propuestas planteadas. La segunda opción suponía tomarme un poco más de tiempo y espacio pero realizar ese estudio crítico que los miembros del grupo de investigación, los lectores y estudiosos de la materia esperan.

Como el lector podrá apreciar, elegí esta segunda opción. Pero esta segunda opción me ofrecía dos posibilidades: la primera era escribir un artículo sobre el tema que había sido objeto de estudio del grupo de investigación; y la segunda era escribir una serie de comentarios e ideas críticas sobre el mismo. La primera posibilidad hubiese supuesto quitarle el protagonismo que debía tener el TI sometido a mi opinión; mientras

que la segunda suponía darle el protagonismo que merece; así que opté por esta última.

Por ello, las siguientes líneas no contienen un estudio sistemático sobre la *class action*, sino más bien una serie de comentarios críticos respecto del TI. Debo señalar que esas críticas versan fundamentalmente sobre la metodología empleada en la investigación.

Las críticas son realizadas con profundo respeto a los miembros del grupo de investigación y con un alto reconocimiento por haber hecho algo que nuestros estudiantes han olvidado hacer: investigar.

Finalmente, me permito, antes de emprender la tarea encomendada, dirigir unas palabras a los integrantes del grupo de investigación: lo que más regocijo da cuando se realiza una labor de investigación es que las personas nos lean, nos tomen en cuenta y discrepen; no hay nada mejor para el diálogo académico que la confrontación de ideas y la discrepancia. A nivel académico la discrepancia bien intencionada, objetiva y crítica es un elogio.

Esa misma discrepancia es la que humildemente pretendo compartir en las siguientes líneas.

II

El TI parte de dos premisas:

(i) Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un mecanismo procesal idóneo para la tutela de los intereses individuales homogéneos⁽²⁾.

(1) El trabajo de investigación que se me solicitó comentar es el publicado en la edición Número 28 de la Revista *Ius et Veritas*; bajo el título: *¡Pero si es más claro reclamar! La class action: una alternativa para solucionar conflictos de intereses con pretensiones de reducida cuantía*. En las páginas siguientes, cuando cite el TI, solo citaré la página de la revista en la cual aparecen las afirmaciones comentadas.

(2) Página 342.

(ii) Si bien existen casos donde el daño ocasionado puede resultar insignificante en términos sociales, si el número de sujetos que lo sufre es considerablemente alto, el daño total ocasionado conlleva a una pérdida social significativa⁽³⁾.

A partir de ello el TI se propone analizar “un mecanismo procesal⁽⁴⁾ que consideramos adecuado para la solución de este tipo de controversias: nos referimos a la *class action for damages* o acción de clase por daños, instituto procesal propio de los sistemas del *common law*”⁽⁵⁾.

Al hacerlo, se parte de una revisión de los “mecanismos procesales contemplados en el sistema peruano y en el sistema norteamericano”⁽⁶⁾, obviando cualquier deseable estudio sobre la influencia que la pertenencia de esos dos sistemas a tradiciones jurídicas diferentes⁽⁷⁾ puede tener en la investigación.

La revisión de esos “mecanismos procesales” se hace tanto en el ámbito jurisdiccional como en el administrativo; anunciándonos un error al calificar de “procesal” al mecanismo administrativo⁽⁸⁾. En este breve comentario me referiré única y exclusivamente al mecanismo verdaderamente procesal, es decir, al jurisdiccional (término distinto también a “judicial”, usado en el TI).

III

La aproximación al mecanismo jurisdiccional peruano parte de una referencia a la inversión de tiempo (presentación de escritos y participación en audiencias)

y dinero (gastos en abogados y tasas judiciales) que asume el litigante, así como a la situación de nuestro Poder Judicial, el que adolece, según el trabajo, de una escasez de recursos, problemas de personal calificado y “escasas posibilidades de actuar pruebas”⁽⁹⁾. Estos problemas, según el TI, determinarían que un consumidor de un teléfono celular (denominado “A”) al que le llega un recibo telefónico con un exceso de S/. 50.00 sobre el monto que debía realmente pagar, realice un análisis y concluya que el proceso sería más costoso que los “insignificantes” beneficios económicos que le reportaría el mismo, “siendo lo más probable que se desista de iniciar un proceso judicial demandando individualmente”⁽¹⁰⁾. Si bien es cierto el término “desistir” supone según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “apartarse de una empresa o intento empezado a ejecutar o proyectado”; la noción procesal de desistimiento hace referencia a la renuncia de los efectos jurídicos de un acto procesal ya realizado, por lo que el término usado en el TI no corresponde al correcto empleo del instituto del desistimiento procesal⁽¹¹⁾.

IV

Luego de ello, el TI realiza una afirmación a mi juicio cuestionable: “ante la imposibilidad de actuar individualmente (...)” ¿imposibilidad o dificultad?, en el propio trabajo se ha hecho referencia a que existe un problema de costos, pero de ahí a establecer una imposibilidad me parece un salto en el trabajo que al menos hubiese merecido una mayor explicación.

(3) Página 342.

(4) Si bien desde el inicio del TI se reconoce que el objeto de estudio es un instituto procesal, el trabajo prescinde de un estudio sobre categorías procesales, obviándolas o aproximándose a ellas muy ligeramente.

(5) Página 342.

(6) Página 342.

(7) Los términos “sistema” y “tradición” los usamos en el sentido delineado por John Merryman. MERRYMAN, John Henry. *La tradición de civil law nell’analisi di un giurista di common law*. Milán: Giuffrè, 1973. pp. 7 y ss.

(8) No solo por usar el término “procesal” para explicar el fenómeno que se desarrolla ante la administración, sino por aparentemente considerar que el hecho que la administración resuelva litigios entre particulares determina que lo que desarrolla es actividad procesal. Para ello, ver: MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce, 1999. p. 73; para quien: “incluso cuando aparentemente la administración soluciona conflicto entre particulares, está actuando en caso propio, pues su intervención en esos conflictos sólo se justifica en cuanto persiga un interés general”. Dicha confusión se repite en la página 346 cuando se hace referencia a “proceso administrativo”, cuando en realidad se quiere referir a “procedimiento administrativo”.

(9) Cuando se hace la referencia genérica a estos problemas del Poder Judicial, se señala que existe un problema en la actuación de pruebas, que hubiese sido interesante conocer. Lamentablemente del texto no podemos desprender en qué consiste esos problemas en la actuación de pruebas. En la curiosidad por saber en qué consistía dicho problema, acudí a la fuente citada (nota a pie de página número 7) por el TI: página 509 de un texto de Alfredo Bullard (creo que la referencia bibliográfica correcta debió haber sido a la página 511 y no a la 509; pues al menos es así como aparece en la edición con la que cuento en mi biblioteca y que corresponde con la citada en el TI) quien hace la misma referencia genérica sin explicar en qué consiste dicho problema en la actuación de pruebas. Mi curiosidad se mantiene.

(10) Página 343.

(11) Sobre las diferencias entre el desistimiento procesal y la renuncia a una facultad procesal, he dedicado unas líneas en: PRIORI POSADA, Giovanni. *Formas autocompositivas de conclusión del proceso*. En: *Proceso & Justicia*. Número 1. pp. 39 y ss.

Decíamos que en el trabajo se señala que debido a la “imposibilidad” del consumidor “A” de actuar individualmente, tendría que unir esfuerzos con otros perjudicados para interponer una demanda que les permita a todos satisfacer sus intereses; debiendo recurrir para ello al instituto de la acumulación procesal; específicamente a lo que nuestro Código Procesal Civil denomina “acumulación subjetiva de pretensiones”, la que es definida por el TI como aquella “que implica reunir en un mismo proceso a distintas personas con diferentes pretensiones que actúan de manera conjunta porque comparten una misma razón o causa de pedir”⁽¹²⁾. Esa definición es errada y no sólo no corresponde con la definición legal establecida en el artículo 86 del Código Procesal Civil, sino que tampoco se adecua a la definición dada en el propio TI en la nota a pie de página número 10. En efecto, la definición citada textualmente sólo hace referencia a la conexidad causal (cuando dos o más pretensiones comparten una misma razón o causa de pedir), como único elemento que posibilitaría una acumulación subjetiva de pretensiones, cuando ésta puede estar también habilitada por una conexidad objetiva (cuando la vinculación entre las pretensiones versa sobre un mismo objeto), semicausal (cuando las pretensiones comparten solo algunos elementos de la causa de pedir) o mixta (cuando las pretensiones versan sobre el mismo objeto y comparten la misma causa de pedir).

V

Lo cierto es que, según el TI, el instituto de la acumulación subjetiva de pretensiones podría ser utilizado por el consumidor de un teléfono celular al que le ha llegado un recibo con un cobro adicional o distinto al pactado o esperado; ya que -se insiste- existe un problema debido a que “los costos que deberá soportar A superan los beneficios esperados por éste si logra una sentencia favorable”⁽¹³⁾; afirmación que se realiza sin hacer ningún análisis sobre el régimen de pago de costas y costos del proceso.

VI

Abandonemos un momento al consumidor de celulares. El TI propone otro ejemplo, que es el de una empresa de taxis. Cuando en la nota a pie de página

número 12 se refiere a la misma y al supuesto en el cual ella decide iniciar un proceso con otras empresas de taxis, el TI señala: “(...) la Empresa de Taxis B y esos otros sujetos deberán evaluar si resulta conveniente actuar individualmente o como un grupo, en atención al resultado del proceso. Nos explicamos: si la Empresa de Taxis B forma parte de un proceso donde se han acumulado subjetivamente las pretensiones y la sentencia es desfavorable, todos sus integrantes quedarán atados a sus efectos”⁽¹⁴⁾.

Quedarán atados a sus efectos pero sólo en los extremos en los que la sentencia se haya pronunciado sobre cada una de las pretensiones propuestas. En efecto, recordemos que, siguiendo al TI, nos hallamos ante un supuesto de acumulación subjetiva de pretensiones, ello quiere decir que cada uno de los litisconsortes formuló voluntariamente una pretensión junto con los demás y, por ello, la sentencia los va a afectar en los términos en los que la propia sentencia haya resuelto cada una de las pretensiones voluntariamente acumuladas. En este caso, cada uno de los sujetos que forma el litisconsorcio es titular de su propia pretensión, que es distinta a la de los demás y, por ello, es factible que una de las pretensiones que ha sido planteada en el mismo proceso sea amparada por el órgano jurisdiccional y la otra no; ello porque a diferencia de lo que ocurre en el caso del litisconsorcio necesario, en el litisconsorcio facultativo los litisconsortes no tienen una suerte común, así, reiteramos, es probable que las pretensiones de algunos de ellos sean amparadas y las de los otros no⁽¹⁵⁾. Por ello, cada individuo quedará sujeto a lo que el juez haya señalado respecto de su pretensión, no respecto de las pretensiones de los demás.

No entendemos por ello la preocupación descrita en el TI.

VII

Volvamos al consumidor de celulares. Según el TI el panorama de ese consumidor en el sistema jurídico peruano es, por decir lo menos, poco prometedor; pues la acumulación subjetiva de pretensiones no sirve como parecería ¿y por qué? Porque para que la demanda sea económicamente atractiva (a lo que se llega, repetimos, sin analizar el régimen de costas, costos ni intereses) necesita juntarse con 100 personas, y sería sumamente costoso encontrar otros cien como él, ponerse de

(12) Página 343.

(13) Página 343.

(14) Nota a pie de página número 12.

(15) LUISO, Francesco. *Diritto processuale civile*. Tomo I. Milán: Giuffrè, 1997. p. 288.

acuerdo en designar a su abogado y ejecutar los acuerdos adoptados. Esto último se presenta como una situación grave porque algunos de los que formaron el grupo podrían no estar de acuerdo con la decisión y, por ello, alegarían “la violación a su derecho de defensa o al debido proceso, solicitando se tramite su proceso por separado” (¿?).

En fin, el consumidor no encuentra, para el TI, una solución en el “sistema judicial peruano” que sea económicamente atractiva de elegir para demandar por una lesión de un derecho. El hecho que no sea económicamente atractiva significa, para el TI, que el consumidor A no pueda acudir al Poder Judicial: “(...) hemos demostrado que A, quien puede considerarse un individuo dentro del promedio de los afectados, no puede acudir al Poder Judicial ni individual ni colectivamente, para cautelar sus intereses (...)”⁽¹⁶⁾. Otra vez el TI concluye que existe una imposibilidad de acudir al Poder Judicial; aunque más adelante señala que en realidad “‘A’ no cuenta con una vía procesal idónea”⁽¹⁷⁾. ¿Cuál es el problema entonces? Imposibilidad de acudir significa que no puede ir, lo que podría llevarnos a pensar en la inexistencia de una vía procesal; cosa distinta es decir que la vía procesal existe pero no es idónea. En el primer caso la solución sería crear el mecanismo procesal, en el segundo, mejorarlo.

VIII

Posteriormente se describe el sistema norteamericano. El consumidor A encuentra en este sistema un panorama mucho más prometedor, pues desde el inicio, y sin entrar todavía a decirnos en qué consiste el sistema norteamericano, el TI nos anuncia ya: “A nuestro juicio, la *class action*, mecanismo propio del *common law*, ofrece una alternativa para solucionar conflictos de intereses en los cuales se encuentren involucrados un gran número de sujetos, en tanto permite la tutela de un conjunto de intereses individuales que, por su homogeneidad, son tratados de manera colectiva”⁽¹⁸⁾.

Inmediatamente viene un título sugerente: “la acción idónea en los países del *common law*: iniciar una *class action*”. Este título me genera una enorme duda: ¿qué entiende el TI por *acción*? Probablemente

este intempestivo ingreso al *common law*, obviando un método comparado, hizo olvidar al TI todo el desarrollo que durante la última parte del siglo XIX y todo el siglo XX tuvo la doctrina procesal de la tradición romano germánica acerca del derecho (o poder, para algunos) de acción. Entonces se utiliza el término “acción” para referirse a algo que podría parecerse a “proceso” o “procedimiento”.

Y dicho trabajo vuelve a incurrir en un inadecuado uso del término “acción”, cuando un párrafo más adelante sostiene: “Sin lugar a dudas, el perjuicio económico es el motivo determinante a tomar en cuenta a fin de analizar la conveniencia de proseguir una acción ante la autoridad competente”⁽¹⁹⁾. ¿La acción se prosigue o se ejerce? Lo que se prosigue es más bien el proceso. La noción de acción es un concepto fundamental del derecho procesal y lamentamos profundamente que en el TI haya sido utilizado ligeramente. Quizá sea este error el punto de partida de la imprecisión del problema planteado: ¿existe imposibilidad de acudir al proceso o el proceso existente no es adecuado?

IX

El TI continúa en los párrafos siguientes señalando una serie de bondades de la *class action*, sin todavía decirnos por qué. En todo caso, nos anuncia algo: “consideramos que el objetivo del mecanismo procesal que permita la solución al conflicto de intereses, considerado como un todo, debe trasladar los costos sociales al responsable del mismo, evitando que sean internalizados por las víctimas, al menor costo posible”⁽²⁰⁾. Hubiese sido deseable encontrar en esta parte inicial del TI una referencia, al menos, a que el objetivo del mecanismo procesal debe ser brindar una efectiva tutela jurisdiccional a los intereses que necesitan protección, siendo uno de los aspectos a evaluar los costos, pero no el único. En todo caso se nos repite nuevamente: “la institución procesal que tutele los intereses individuales homogéneos debe ser una que reduzca considerablemente los costos de transacción propios de una acumulación, esto es, disminuya los costos de búsqueda y reunión de miembros de la clase, de negociación, y de ejecución de acuerdos. Adicionalmente, este mecanismo debe

(16) Página 347.

(17) Página 347.

(18) Página 348.

(19) Página 348.

(20) Página 348.

coadyuvar a que la administración de justicia⁽²¹⁾ logre dicho objetivo al menor costo posible⁽²²⁾.

En todo caso, el trabajo nos anuncia nuevamente que ese instituto procesal que disminuye todos los costos (no sé si también resulta ser el que brinda una protección más efectiva a los derechos e intereses que se desean tutelar; en todo caso el trabajo omite cualquier referencia a ello) es la *class action*.

X

Luego que se nos ha repetido insistentemente que el mecanismo procesal que soluciona todos los problemas denunciados por el TI es la *class action* (y digo esto porque el TI, parece ser la apología⁽²³⁾ de un instituto, antes que una investigación objetiva; generando en el lector, al menos en sede inicial, la duda sobre si el investigador ha tenido aquella objetividad que debe tener cuando estudia un tema, sin la cual podría restarse solidez a las premisas y a las conclusiones, pues no se sabe si las mismas son producto de esa apología -y por lo tanto, perspectiva parcializada de un tema- o de una verdadera labor de investigación); se señalan los “antecedentes históricos” que si bien nos remontan al siglo XVII nos pasa inmediatamente al siglo XX; lo que nos priva, entre otras cosas, de conocer la evolución de un instituto que se propone implantar en nuestro sistema jurídico, evolución que hubiese sido interesante conocer más aun tratándose de un instituto que pertenece a una tradición jurídica diferente.

Dicha evolución que se omite, por lo demás, resulta interesante, y nos lleva a los orígenes de la *representative suit* en la experiencia inglesa nacida en las cortes de equidad, pasando luego por la creación de la *Court of Chancery* y la actividad que ésta realiza y que pasa por las decisiones en torno al *bill of peace*, que es uno de los elementos más familiares en torno a la historiografía en materia de *class actions*, sus posteriores desarrollos, hasta finalmente llegar a la recepción relativamente tardía de este instituto en los Estados Unidos, las diversas *Rules* dadas en torno a la *class actions* hasta llegar a su regulación actual⁽²⁴⁾. No

es ésta la sede para detenerme en desarrollar estos temas, pero sólo quisiera señalar que recientemente ha sido expresado en Italia y en Estados Unidos la importancia que tiene el estudio del desarrollo histórico de este instituto⁽²⁵⁾.

XI

Quisiera detenerme brevemente en este repaso del TI que se me somete a crítica.

Existen varias formas de aproximarnos al estudio de un instituto jurídico. El investigador tiene a su alcance varios métodos de estudio: puede usar el método dogmático, o puede realizar un estudio desde la jurisprudencia. También puede estudiar la institución a partir de una aproximación sociológica. Otro método de estudio puede ser el método comparado, el que se realiza sincrónica o diacrónicamente. El método comparado sincrónico supone comparar un instituto a partir de su tratamiento en diversos sistemas (cuando se comparan institutos entre Estados pertenecientes a una misma tradición jurídica) o en diversas tradiciones jurídicas; a partir de la regulación vigente. En cambio, el método comparado a nivel diacrónico supone realizar un estudio a partir de la regulación de una institución en un sistema o tradición jurídica a través de la historia. Otro método con el que cuenta el investigador es el análisis económico del derecho.

La riqueza de la investigación jurídica está en que:

(i) Estos métodos no se excluyen; así, analizar una institución desde una perspectiva histórica, no supone prescindir de los datos que proporciona la dogmática; asimismo, investigar usando el análisis económico del derecho, no supone prescindir los datos que proporciona la perspectiva comparada, la dogmática o la jurisprudencia. Ello no quiere decir tampoco que un investigador tenga que realizar un trabajo recurriendo a todos esos métodos, ya que puede optar por realizar una labor de investigación recurriendo preponderantemente a uno de ellos e, incluso, dejar de usar algunos; pero algo que creo no se pueda hacer es desconocer o prescindir de elementos dados por la dogmática; pues todo estudio de una institución debe

(21) El término “administración de justicia” es otra de esas imprecisiones conceptuales, con la que cuenta el TI; pues utiliza un término que actualmente la doctrina procesal y constitucional descarta. Sobre el particular, recomendamos: MONTERO AROCA, Juan. *Op. cit.*; p. 44.

(22) Página 348.

(23) Palabra que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: “Discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de alguien o algo”.

(24) GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle “class actions”*. Milán: Cedam, 1991. pp. 1 y ss.

(25) *Ibid.*; p. 3.

llevarnos necesariamente a conocer los verdaderos alcances de un instituto, saber de qué estamos hablando y cuál es el significado de los términos que usamos. Tampoco se puede investigar partiendo de premisas o llegando a resultados o conclusiones que a la luz de los otros métodos son errados o no razonables o, incluso, absurdos.

(ii) La decisión por usar uno de los métodos supone tener un conocimiento previo que le permita a esa persona usarlo. El recurso al método del derecho comparado debe necesariamente llevarnos a conocer los alcances de cada tradición jurídica; el recurso al análisis económico del derecho, debe llevarnos a conocer su racionalidad y sus instituciones; lo mismo que el recurso a los demás métodos. Ello permitirá, en todo caso, saber las bondades y deficiencias del método utilizado y los verdaderos alcances de la investigación que se propone.

Lo expuesto anteriormente es sólo una introducción a fin de hacer un comentario metodológico general sobre el TI. Se puede apreciar que dicho trabajo ha realizado un método preponderantemente basado en el análisis económico del derecho, pero creo que ello no lo exime de usar los términos procesales de manera adecuada, ni de dejar de estudiar otros institutos procesales que resultan importantes para la investigación, como la representación procesal o la legitimidad para obrar. En la parte introductoria en la que se ha analizado el sistema peruano se ha abordado sólo el tema de la acumulación subjetiva de pretensiones y a partir de allí se ha concluido que el sistema procesal peruano no sirve y que es mejor el americano; todo ello sin abordar un estudio o descripción de los demás institutos procesales vinculados con el tema que se estudia. El tema de la *class action* es complejo, como el propio TI lo reconoce y esa complejidad consiste en estar vinculado a diversos institutos procesales y por pertenecer a una tradición jurídica distinta a la nuestra. Sin embargo, no se enfrenta el instituto a partir del método dogmático ni el comparado.

Sólo luego de haber dedicado varias páginas a describir las bondades de la *class action* y de señalar que el sistema peruano no es adecuado para la tutela de intereses individuales homogéneos; se pretende entrar al estudio de algunas instituciones. Hubiese sido

aconsejable realizar la delimitación conceptual al inicio del trabajo y mantenerlo respecto de todas las instituciones procesales que se comenta. Creo que muchas de esas instituciones no han tenido esa profundidad en el análisis que merecían. Creo además que una breve referencia a las diferencias entre las tradiciones jurídicas hubiese sido útil para ubicar mejor las ideas y conclusiones.

Creo que se ha pensado que la opción por el análisis económico del derecho como método de trabajo justificaba el deshecho de los demás métodos, y la prescindencia de los datos que los demás métodos pudieron haber ofrecido para el trabajo propuesto. La fascinación por la que muchos de nuestros investigadores sienten por el análisis económico del derecho los hace pensar que pueden obviar los demás métodos; lo que, a mi juicio, constituye un serio error metodológico, que sin duda alguna, altera las conclusiones a las que razonablemente se pueden arribar.

El análisis económico del derecho no es pues un método que nos autorice a olvidar todos los demás métodos, más aún si el propio análisis económico del derecho es cuestionado como un método válido para enfrentar problemas jurídicos: "(...) podemos afirmar entonces que es un error sostener que el análisis económico puede configurar un orden superior en la tarea de concluir de manera armónica los problemas jurídicos y, al contrario, al estar basado en individualismo, su único objetivo es enriquecer a unos a costa de empobrecer a otros (según la lógica del modelo "uno u otro"), al tiempo que la productividad y la eficiencia se encargan de depredar lo poco que queda virgen y puro en la naturaleza y en la sociedad"⁽²⁶⁾.

XII

Volvamos ahora al TI. Luego de habernos sobre sus bondades, se define a la *class action* como "una herramienta procesal mediante la cual se busca obtener tutela jurisdiccional, basada en la potestad procesal reconocida a un individuo, para actuar en nombre propio o de otros cuyos intereses sean homogéneos entre sí"⁽²⁷⁾. No estoy tan seguro que la *class action* sólo sirva para la protección de intereses individuales homogéneos. En un trabajo sobre la *class action*

(26) HERNANDO NIETO, Eduardo. *¿Por qué no debemos elegir el análisis económico del derecho?* En: *Themis - Revista de Derecho*. Segunda época. Número 37. p. 138.

(27) Página 349.

publicado precisamente en *Ius et Veritas*, la profesora Ada Pellegrini Grinover⁽²⁸⁾ señala que la acción de clase obligatoria (*mandatory*) corresponde a los mecanismos de defensa de intereses colectivos y difusos. Sin embargo, debemos señalar que el propio TI limitó su ámbito de estudio a la *class action for damages*, haciendo bien en precisar que su estudio no iba a versar sobre los *mandatory*.

En virtud de dicha noción el TI establece luego que la *class action* tiene una naturaleza eminentemente representativa, que se fundamenta en la representación adecuada respetando las garantías mínimas, en la tutela de intereses individuales homogéneos y en la protección de los ausentes que podrían verse afectados con la sentencia.

Posteriormente se describen los requisitos previstos en la *Federal Rule of Civil Procedure* 23.

A partir de aquí el trabajo adquiere un carácter más riguroso. Toda la parte anterior a ésta ha sido, como señalé, una especie de apología; a partir de aquí se describen fenómenos, reglas, se comparan institutos, se precisan conceptos, en fin, todo aquello que califica a un trabajo como de investigación. Hubiese sido mejor hacerlo antes.

No me pronunciaré respecto a la parte descriptiva del trabajo.

XIII

Luego de la descripción, se pasa a la comparación, como debe ser. En la parte relativa a la comparación se realiza una injusta afirmación: "(...) aun cuando la *class action* es un mecanismo procesal aplicado en el derecho norteamericano desde hace tiempo atrás, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha buscado implementar ningún instituto procesal que permita superar ello"⁽²⁹⁾. El hecho que no se haya implementado la *class action* no quiere decir que no se haya intentado por otros mecanismos brindar aquella protección efectiva que toda situación jurídica de ventaja requiere. La sola regulación de la acumulación subjetiva de pretensiones a la que se refiere el propio TI es un ejemplo de ello; otro ejemplo de ello (aunque de manera bastante deficiente) fue la regulación dada por el artículo 51 del Decreto Legislativo 716.

XIV

La comparación se inicia con la afirmación según la cual en el derecho anglosajón no existe una separación entre derecho público y derecho privado, por ello el Juez tiene un amplio margen de discrecionalidad que hace que en la tradición del *common law* el juez pueda, entre otras cosas, calificar al representante de la clase y aprobar las transacciones sobre estos temas.

Sobre esta afirmación, creo que son necesarias algunas precisiones.

(i) En la tradición romano germánica se está hablando de un tiempo a esta parte de la publicización del derecho civil o de las situaciones jurídicas de derecho civil, frase que si bien resulta debatible, no hace sino poner de relieve el desvanecimiento de dicha separación propia de nuestra tradición jurídica.

(ii) El énfasis en la disposición de los derechos es algo respecto de lo cual hay que tener cuidado cuando estamos dentro de un proceso, pues si bien los derechos, no todos, son de libre disposición de los sujetos, el proceso no lo es, al ser un instituto de derecho público, en el que el juez debe velar por brindar una efectiva de la tutela jurisdiccional.

(iii) En el Perú el juez es el director del proceso y sabe que su función está destinada a aplicar el derecho objetivo al caso concreto a fin de brindar una efectiva tutela jurisdiccional a las situaciones jurídicas de los particulares. Entre otras cosas, puede determinar si admite o no una demanda (artículo 426 del CPC), puede rechazarla de plano (artículo 427 del CPC), puede realizar una especie de "certificación" de quien actúa en defensa de intereses difusos (artículo 82 del CPC) y es quien homologa la transacción, evaluando, entre otras cosas, que la misma no afecte el orden público y las buenas costumbres (artículo 337 del CPC). Por ello es un error del TI señalar⁽³⁰⁾, por ejemplo, que esa certificación del representante en tutela de los intereses individuales homogéneos es impensable en el Perú "donde solo basta alegar interés y legitimidad para obrar"⁽³¹⁾; conclusión a la que no se puede llegar luego de leer los incisos 1 y 2 del artículo 427 del CPC en los que claramente se indica que la sola alegación de interés y legitimidad para obrar no es suficiente.

(28) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *De la class action for damages a la acción de clase brasileña*. En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 23. p. 62.

(29) Página 353.

(30) Página 354.

(31) Página 354.

(iv) Por último, y creo, lo más importante, el hecho que el Juez tenga en la tradición anglosajona un mayor margen de discrecionalidad que el juez en la tradición romano germánica no se debe (o, al menos, no sólo o no principalmente) a la no división existente entre derecho público y derecho privado, sino al papel que, en general, cumple el juez en toda la tradición anglosajona. Así, ya el maestro italiano Vincenzo Vigoritti había dicho que “el verdadero protagonista de la *class action* es, en consecuencia, el juez”⁽³²⁾. Luego, el maestro italiano (a quien se le conoce precisamente por sus importantes trabajos en materia de intereses supraindividuales), establece: “Es claro que en el ordenamiento estadounidense el juez asume funciones que en nuestro ordenamiento podrían ser correctamente confiadas al legislador. Para evitar semejanzas impropias e incorrectas es necesario establecer que nuestro juez es profundamente diverso de aquel estadounidense por el rol que en el ordenamiento jurídico y en el proceso, por extracción y condicionamientos, y que él no estaría por lo tanto, absolutamente, en grado de desarrollar las mismas funciones que un juez americano. A este último se le reconoce, por un lado, amplia discrecionalidad y se le pide, por el otro *investiveness*, es decir, coraje y fantasía; del nuestro, probablemente, se pretende lo contrario”⁽³³⁾. Posteriormente sentencia el profesor italiano: “Estoy convencido que aquella de la *class action* sea una experiencia formidable, indudablemente la más avanzada en el campo de la tutela de los intereses con dimensión supraindividual, de la cual se pueden extraer indicaciones de gran importancia. Pero no sé si una experiencia de este tipo podrá alguna vez tener lugar en Italia”⁽³⁴⁾. No comparto necesariamente la posición del profesor Vigoritti, pero creo que sus palabras deberían servir para reflexionar un poco. En todo caso coincido con la reflexión que sobre el juez peruano hace el TI en la página 359.

XV

Luego el TI realiza una correcta y oportuna distinción de los diversos tipos de intereses y derechos que deben ser tutelados. Así, se distinguen entre intereses y derechos individuales, colectivos, difusos e individuales homogéneos; distinción que se realiza con el fin de establecer qué tipo de intereses son los

que resultarían ser tutelados por una *class action*. Se señala que la mayoría de la doctrina ha establecido que a través de la *class action* se busca tutelar un interés difuso; entre los cuales se cita un trabajo mío. Sobre este tema me remito a lo señalado en el numeral XII precedente.

Resulta curioso, sin embargo, que el TI concluya luego de enumerar las distinciones que: “(...) se hace imposible definir a los intereses tutelados en una *class action* partiendo de la encasillada clasificación de intereses con que contamos en nuestro ordenamiento, la misma que no concede la necesaria flexibilidad para tratar los intereses de grupo”⁽³⁵⁾.

La “encasillada clasificación” a la que se refiere el TI no es en realidad una clasificación que encuentre sustento normativo, sino doctrinal, es entonces la doctrina y no la ley la que hace esa distinción. Ese trabajo de la doctrina no se realiza por puro ejercicio teórico, sino que, en un momento histórico en el cual los estudios procesales han comenzado a ver nuevamente a las diferentes situaciones jurídicas sustanciales con el propósito de determinar las diferencias entre ellas, y evaluar las diferentes necesidades de protección que tienen, es preciso identificar cada tipo de situación jurídica en particular, diferencia que se sustenta, precisamente, en los diversos tipos de intereses que sirven de sustrato a dichas situaciones jurídicas. El problema del derecho procesal fue haber intentado dar un mismo tipo de respuesta a todas las situaciones jurídicas, generando con ello que la tutela jurisdiccional no sea efectiva. Ese regreso al igual trato de las diversas situaciones jurídicas sería un error; por lo que creo que el TI debió asumir la diferencia y enfrentar, en todo caso, el problema de la dificultad en la delimitación conceptual.

XVI

El TI entra luego a un tema que debía ser trascendental en su investigación: la legitimación. Es verdaderamente lamentable que el TI no nos ofrezca su noción de legitimidad ni aborde frontalmente el principal problema que la *class action* plantea. Lo único que hace el TI es citar una genérica definición de Montero Aroca sobre legitimidad para obrar, pero no explica nada más sobre el particular. No explica por ejemplo cómo en función de la noción de legitimidad

(32) VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi colettivi e processo*. Milán: Giuffrè, 1979. p. 285.

(33) *Ibid.*; pp. 286-287.

(34) *Ibid.*; p. 287.

(35) Página 356.

para obrar una persona puede actuar en el proceso por los intereses de los demás. Obvia afrontar el problema de las formas de legitimidad para obrar (ordinaria y extraordinaria) y obvia también el problema de si nos hallamos ante un supuesto de legitimación o representación. Afrontar este problema en una investigación acerca de la *class action* era fundamental, para comprender en qué consiste la labor de certificación del juez y los verdaderos alcances de la noción *adequacy of representation*. Sólo se desliza ligeramente la idea que el demandante debe estar legitimado y además debe ser un adecuado representante del grupo; pero ¿es representante? ¿qué significa ello? Nada de esto se nos dice.

Por lo demás, dentro de la sección dedicada a la legitimación se habla también de interés para obrar; debiendo haberse realizado un análisis separado de estos dos institutos que, con frecuencia, se confunden.

Pero lo que no comprendemos, dentro de la sistemática del trabajo, es la razón por la que dentro del tema de la legitimación se habla de la notificación.

Lamento profundamente que se haya realizado el análisis de un instituto procesal (la *class action*) prescindiendo de una definición clara y toma de posición importante acerca de las más trascendentes categorías procesales en este tema.

XVII

Dentro de la sección dedicada a las notificaciones, el TI se plantea el problema de cómo se exige la notificación a todos los miembros de la clase que sean identificables si ello eleva los costos del proceso. El problema, creo, no debería siquiera haberse planteado como tal; pues existen derechos fundamentales que en un proceso deben respetarse, aunque “los costos” se eleven. Hay otros “costos” que no son valiosos económicamente y que la sociedad no puede asumir: permitir que por reducir un costo económico se lesione el derecho al debido proceso. Como señala muy bien el profesor italiano Massimo Bianca refiriéndose a las relaciones entre derecho y economía: “(...) los intereses económicos no son los únicos intereses respecto de los que versan las relaciones jurídicas, y que los intereses económicos deben algunas veces ceder frente a otras exigencias prevalentes”⁽³⁶⁾. Felizmente en el trabajo se llega a esa conclusión, pero no se arriba a ella por convicción, ni por un razonamiento en función

de la tutela de los derechos fundamentales, sino porque “la experiencia norteamericana nos indica que esta es la mejor solución”.

Creo que este tipo de problemas podría haber sido resuelto si es que al inicio del trabajo se hubiese planteado el tema de que todo instituto procesal debe estar destinado a brindar una efectiva tutela jurisdiccional a los ciudadanos, antes que reducir todo el tema a los “costos de transacción”; y que hay derechos que en todo proceso deben ser respetados, aunque se eleven “los costos de transacción”. Asimismo, creo que la pregunta planteada en el TI pudo haberse respondido de mejor forma si se hubiesen analizado los institutos de la legitimación y representación. En fin, la ausencia de un análisis dogmático postergado por un análisis económico es algo que tengo que lamentar nuevamente.

XVIII

Posteriormente el TI se enfrenta a otro problema derivado de las diferencias de las tradiciones jurídicas: la función de la responsabilidad civil. No es mi especialidad así que me inhibo de pronunciarme sobre el problema planteado.

XIX

Finalmente, el TI analiza la posibilidad de regular la *class action* en el Perú; estableciendo una serie de argumentos a favor y otros en contra.

A favor:

(i) La *class action* es un mecanismo procesal que reduce los costos de transacción de iniciar, mantener y culminar exitosamente un proceso colectivo; con lo cual el fundamento del instituto es mantener el principio de economía procesal. La preponderancia que se le da al principio de economía procesal es sorprendente, pero más sorprendente aún es el olvido que merece el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el trabajo. Todo instituto procesal que se proponga debe estar destinado a brindar una efectiva tutela jurisdiccional a las diversas situaciones jurídicas de los particulares; la economía procesal es un instrumento de la tutela jurisdiccional efectiva, no es un fin del proceso, sino un medio. Felizmente en esta parte se establece, al menos, que un límite de este principio de economía procesal, es el respeto del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los miembros de la clase.

(36) BIANCA, Massimo. *Diritto civile. La norma giuridica e le persone*. Tomo I. Milán: Giuffrè, 1990. p. 32.

(ii) Se logra seguridad jurídica en nuestro sistema de justicia, algo que comparto.

(iii) Facilita el acceso a la tutela jurisdiccional. Aquí el TI dedica pocas palabras a aquello que debió haber sido el fundamento de todo el trabajo: se facilita el acceso a la jurisdicción. Creo que a partir de ello se debió realizar la investigación, ver si esto es cierto, en qué medida, si de verdad se reducen los costos, etc. El acceso a la jurisdicción no ha sido tomado como fundamento, sino como consecuencia, el fundamento ha sido siempre, la reducción de los costos. Es conveniente citar en este punto una frase de Ada Pellegrini Grinover sobre la trascendencia del derecho de acceso a la jurisdicción en el tema que se analiza: “No se debe olvidar que una disposición jurisdiccional sin utilidad práctica desacredita el proceso y constituye una cortina de humo ante una visión amplia de acceso a la justicia. El acceso a la justicia no puede ser una promesa vacía. El facilitarlos, por intermedio de acciones colectivas, es un gran avance, asimilado por el derecho procesal brasileño. Pero el admitir acciones civiles públicas, que no sean idóneas para generar disposiciones jurisdiccionales efectivamente útiles, sólo puede llevar a desacreditar el instrumento, a la frustración de los consumidores de justicia, y al desprestigio del Poder Judicial”⁽³⁷⁾.

En contra:

(i) Los incentivos perversos para iniciar la *class action*. De acuerdo, en todo caso, es algo que un comportamiento ético de los abogados debería solucionar; sin embargo, este aspecto ha sido tratado por el TI también desde la perspectiva del análisis económico del derecho.

(ii) Las notificaciones, elemento importante a fin de garantizar el derecho al debido proceso.

(iii) La legitimidad, elemento central, en especial, por la determinación de quién debería ser el “representante o legitimado adecuado”.

(iv) La vía en la que se deben tutelar estos derechos. Creo que una real forma de protección es la jurisdiccional (sea judicial o arbitral) y no la administrativa.

XX

El problema que enfrentó el grupo de investigación se mueve dentro de un problema mayor: la preocupación

por hacer que el proceso sea un verdadero mecanismo efectivo de tutela de los derechos. Por ello, la trascendencia de tomar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como columna vertebral de la investigación. Si bien el análisis económico del derecho es un método válido, creo que su uso no justifica el abandono de la esencia del proceso.

Finalmente, el TI concluye con algo que resulta interesante; la adaptación de la *class action* requiere un estudio serio porque en la medida que se trata de una institución propia del *common law*, su implementación en el Perú requeriría un análisis previo a fin de determinar los alcances que debería tener este instituto y la eventual modificación del mismo. Como bien dice Ada Pellegrini: “Es evidente que las soluciones extranjeras no pueden ser importadas mecánicamente, ya que cada sistema tiene peculiaridades propias y la realidad social, política y económica puede variar mucho de un país a otro”⁽³⁸⁾.

El tema está en determinar qué de ese instituto debería modificarse para implementarse en el Perú, y luego de ello, analizar si lo que tenemos es o no una *class action*. Ese hubiese sido un interesante aspecto que el TI debería haber cubierto, no haberlo hecho, creo que deja la tarea propuesta, incompleta.

XXI

Quisiera terminar este comentario con una cita del profesor Mauro Cappelletti, el más importante estudioso, a nivel comparado, de los problemas de acceso a la jurisdicción y de la protección de los derechos supraindividuales, que ha merecido un injusto olvido en el TI: “Las reformas que promulgamos deben ser bien pensadas, y reflejar una apreciación de sus riesgos, así como una plena conciencia de los límites y potenciales de los tribunales normales. Esto es lo que realmente quiere decir en esta obra el enfoque de acceso a la justicia. El objetivo no es hacer que la justicia ‘sea más pobre’, sino hacerla accesible para todos, incluso para los pobres. Y, si bien es cierto que una igualdad efectiva y no simplemente formal ante la ley es el ideal básico de nuestra época, el enfoque de acceso a la justicia sólo podrá llevar a un producto judicial de mayor ‘belleza’, o de mejor calidad, del que tenemos ahora”⁽³⁹⁾. \square

(37) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*; p. 70.

(38) *Ibid.*

(39) CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 100.