

EL PROCESO CIVIL COLECTIVO

Augusto M. Morello
Profesor de Derecho Civil y Procesal Civil
Argentina

A propósito de la novedosa legislación brasileña, el doctor Augusto Mario Morello realiza un interesante análisis sobre los mecanismos que el Derecho Procesal Civil puede facilitar a la sociedad para la defensa de intereses no identificados necesariamente con el interés privado, único que hasta hace poco en el Derecho Comparado legitimaba a cualquier particular para acceder al órgano jurisdiccional. Los intereses difusos y colectivos son un tema novedoso en el ámbito de la doctrina jurídica vinculada a la tradición romano-germánica del Derecho, aun cuando nuevas formas de legitimación para obrar habían sido ya asumidas por otros ordenamientos, principalmente los relacionados al «Common Law», en los que se creó la figura de la «class action».

Problemas relativos a la protección de los intereses supraindividuales, como la protección del consumidor o del ambiente, exigen rediseñar nuestros modelos procesales. No sólo debe superarse una estrecha concepción jurídica acerca de la legitimación para obrar, sino que también deben solucionarse cuestiones de cosa juzgada y de efectos de las sentencias sobre los terceros. Este es el ámbito del proceso colectivo, cuyo tratamiento legal obliga a dejar de lado dogmas inveterados en el Derecho romano-germánico y aprender a tomar decisiones mucho más pragmáticas y acordes con la realidad.

1. INTRODUCCION. LA ACTUAL EXPERIENCIA BRASILEÑA

Ya había reconocido Cappelletti en 1990¹ la importancia de los avances llevados a cabo por la doctrina y la legislación del Brasil en las áreas de la tutela de los intereses difusos y colectivos, así como de la dilatación del *mandato de segurança individual* (nuestro amparo singular), al expresarse, en la Constitución sancionada el 5 de octubre de 1988, en el *mandato de segurança coletivo* (nuestro amparo colectivo), y sin detenerse en esas aperturas, en los posteriores logros que se materializan con la sanción del Código del Consumidor, las adaptaciones similares en el derecho de familia, etc., que procuran una tutela especial (diversificada) jurisdiccional efectiva, de carácter preventivo y en **dimensión social**².

Las sucesivas conquistas (el ganar espacios de continuo) en un lapso de no más de diez años (1982-1992) se enriquecen más todavía al incorporarse en estas horas a esos **procesos colectivos de la tutela específica**, una categoría de derechos que se encasillan con la denominación de **intereses individuales homogéneos** y de los que más adelante daremos cuenta³.

¹ Proseguimos la línea temática desarrollada en *El Derecho Procesal Civil en los umbrales de un nuevo milenio*, JA 1992-II-854; "La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva". En: *Las responsabilidades profesionales*, libro homenaje al doctor Luis G. Andorno. Platense, La Plata, 1992, p. 15; "Nuevos daños, nuevas técnicas procesales de protección". En: *Derecho de daños, Segunda Parte*. La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 35, con la bibliografía en ellos mencionada y la exposición producida en "El acceso a la justicia en el año 2000", "El proceso civil colectivo", simposio realizado en Sao Paulo, Brasil, entre el 3 y el 12 de noviembre de 1992.

² CAPPELLETTI, Mauro. "O acesso dos consumidores a Justiça". En: *Revista de Processo*, Sao Paulo, 1991, n. 62, pp. 205-220.

³ Cfr. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil o Constituição Federal*. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1992, N. 16, pp. 106-118; PELLEGRINI GRINOVER, Ada. "Comentario al artículo 212 del Código de Protección Integral de (Continúa en la siguiente página)

a) Esa idea de lo colectivo (que involucra grupos, categorías, poblaciones) y complejas situaciones subjetivas polarizadas en objetos (bienes de la vida, diría Chiovenda) indivisibles, aunque de uso y aprovechamiento fraccionado (desde el aire, el agua, la flora, las riquezas arqueológicas, los monumentos históricos, las obras estéticas del patrimonio cultural común, lo que **empuja** a la calidad de vida, etc.), se ensancha para dibujar un régimen o sistema de tratamiento jurídico envolvente y similar, de suerte que la expansión grupal, como un surtidor, determina la **comunicabilidad** horizontal de la tutela en favor de todos aquellos sujetos que, apresados en la conexidad (diríamos **vital**) de esa situación común, no juegan en solitario. Se repite con rasgos y efectos idénticos o muy semejantes en seriada (muchas veces **masiva**) reiteración.

Cuando se refiere a los consumidores (de heladeras, automotores, productos farmacéuticos, adquirentes de unidades inmobiliarias en la propiedad horizontal, etc.) muestra relaciones predisuestas (si no impuestas) por una de las partes, a la que la otra adhiere sin más.

Los defectos de esos productos, las consecuencias de una intensa e imparable publicidad engañosa, las fallas y vicios ocultos, y las derivaciones de resoluciones agarrotantes que establecen las pérdidas de las cantidades entregadas por los adquirentes ante cualquier supuesto de mora, etc., no encajan en los moldes negociales clásicos del paradigma del contrato del **Código Civil**; es decir en el espejo de dos contratantes hipotéticamente iguales, uno de los mitos que se arrastra arropado en la idea decimonónica de la libertad absoluta de los dos polos de intereses enlazados en el acto jurídico patrimonial que es el contrato.

Todo ello, cuanto menos, es **insuficiente** desde los dos frentes de consideración: sustancial y procesal. No cabe apelar a la teoría de los vicios rehdibitorios, por caso, ni al paquidérmico proceso de conocimiento (igual ordinario que plenario abreviado), pues desde los dos ángulos se arriba a

una privación de justicia y al mantenimiento de **conflictos que erosionan la paz social**.

Así es como se dividen las aguas entre un contrato verdaderamente negociado y el **otro paradigma** del contrato seriado, **estándar**, de tickets, bajo condiciones generales. Y ya sabemos cómo es de diferente la incidencia de las normas que regulan tales categorías de actos. Que se han adueñado de diversificadas áreas del tráfico, aunque la parte débil necesite de los auxilios externos, así como los principios y **estándares** interpretativos que giran para socorrer, defender, proteger, al **consumidor**; y de ese modo juega también el poder de fuego de las prohibiciones, interdicciones, **injunc-tions**, y mandamientos sentenciales de hacer o no hacer, de invalidar y calificar de inoponibles -ineficaces- para la parte afectada aquellas cláusulas leoninas o abusivas que se malquistan con la buena fe⁴.

b) En igual década hemos procurado señalar la metamorfosis, esfuerzo de adaptación y corrimiento que experimenta el moderno Derecho Procesal, teñido fuertemente de colores por demás novedosos: carácter instrumental (pero no sólo garantista o de fría técnica que se olvida de la materia en controversia) y facilitador de los fines que deben presidir la interpretación judicial. Una nueva cultura jurídica del proceso adversarial: más simple, informal, que relativiza el rigor pretendidamente absoluto y cerrado de los principios; nada conceptualista ni abstracto, en donde el juez pierde una neutralidad que es una manera disfrazada de conservadurismo, manteniendo desde luego total independencia y objetividad, axiológicamente está personalmente comprometido a que los resultados de la jurisdicción sean más **justos y útiles**. Del protagonismo del juez y de la forma de conducirse y estimular a la colaboración debida por los otros sujetos del proceso. Director inmediato y no distante, que maneja poderes-deberes de uso inaplazable, que busca la verdad jurídica y que en algunos temas de especial connotación social (previsionales, minoridad, laborales, agrarios) no sólo aguarda la puntual satisfacción

(continuación de la página anterior)

los Niños y Adolescentes". En: *Estatuto da criança e do adolescente, comentado* (coordinado por Munir Cury, Antonio Fernando do Amaral y Silva, Emilio García Méndez). Malheiros, Sao Paulo, 1992, p. 655, y su magnífica conferencia en el simposio indicado en la nota 1, del 4 de noviembre de 1992, "El proceso colectivo del consumidor", que nos ha servido de guía, al centrar la investigación preferentemente en esta última perspectiva, y la obra más orgánica y completa, Código brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado por los autores del anteproyecto: PELLEGRINI GRINOVER, Ada; VASCONCELLOS Y BENJAMIN, Antonio H de; FINK, Daniel R.; BRITO HILOMENO, José G.; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson y DENARI, Zelmo. Forense Universitario, Rio de Janeiro-Sao Paulo, 1991, p. 717.

⁴ MORELLO, Augusto M. "Los contratos entre las normas de los Códigos y la realidad negocial". En: *Contrato y proceso*. Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires-La Plata, 1990, p. 23 ss.

de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados (según sea su posición y mejor información) sino que, además, llega a comportarse como cabal investigador, si bien lo que él obtenga a través de ese rol deberá ser puesto, bilateralmente, a disposición, observación y control de las partes⁵.

El garantismo técnico y nada más que eso es un hacer de los operadores que olvida, cuando se desentiende de su verdadera finalidad, que el proceso es un medio civilizado y racional de alcanzar la solución justa al fondo de la disputa, sin quedarse en la superficie -muchas veces frustratoria, como gusta expresar nuestra Corte Suprema- de la tutela constitucional debida⁶.

1) Lo anterior (y muy parcialmente) dibuja las expresiones concretas, y en la experiencia del **Derecho vivido**, de la formidable altura que ostenta el **modelo del acceso a la justicia**. Este, por cierto, no se reduce a la habilitación del proceso judicial justo, sino que, como metodología de tratamiento global y de los correspondientes cursos de acción, es comprensivo de un movimiento sin parcelas excluyentes. La previa y necesaria tutela administrativa, el acceso al conocimiento, a los mejoramientos culturales, a la salud, al perfeccionamiento, a la no discriminación científica y cualificada. Y lo más notable es que todo ello -montado en las ideas-fuerza de la solidaridad y efectividad de los derechos- gana cada día un horizonte mayor, sin ceder a los egoísmos y a una línea de barreras que obstan a la igualación real.

2) El impacto de los procesos colectivos sacude a la santa bárbara de la tradicional explicación científico-procesal, con la que de manera general (sin diversificaciones) se pretendió dar respuesta, entre los años '40 y '70, a los fenómenos que iban rotando de posición, de escala, complejidad y velocidad.

Los operadores ya no manipulaban el solo proceso individual entre Cayo, Tizio y Sempronio; ni, por ejemplo (la ola de mudanzas y desplazamientos es intensísima) el juez actuante se podía re-

mansar en una actividad pasivamente expectante, de simple árbitro. Tampoco el proceso legal adjetivo pasivamente es el mismo, porque se trastocan actos, fases, diligencias y coordinación interior; las medidas cautelares, por ejemplo, ya no están sólo y nada más que al servicio de la emanación jurisdiccional sobre el mérito de la pretensión principal, o de su oposición, porque se automatizan e, independientemente, en la *praxis*, **valen de por sí**⁷.

Asimismo, la teoría de la interpretación judicial y los fines del litigio no se conforman con **salidas** de compromiso, exclusivamente formales.

Todo esto se hace más evidente para ciertas categorías de asuntos (masivos, grupales) **colectivos**, de una repercusión social gravitante para la convivencia. Desplazamiento que, de manera arrolladora, impacta en lo establecido, que **ya no sirve**, porque ciertamente se exhibe como anacrónico. No **acompaña** ni ayuda a diluir, conciliar, componer, pacificar; a hacer **real a la justicia** que el litigante está aguardando.

¿Cómo embretar la eficacia de la cosa juzgada pensada y legislada para los específicos sujetos de un proceso particular, cuyo contenido se escapa y, con similitud fotográfica, **engancha** situaciones comunes que demandan (están necesitadas) de igual respuesta jurisdiccional? ¿Habrán que multiplicar hasta el infinito una sobrecarga onerosa y disfuncional para obtener en 30.000 (ponemos aquí como dato un ejemplo de nuestro país) causas, que la jurisdicción exprese que los jubilados tienen derecho a un haber de pasividad del 82%? ¿No fue ello reconocido en una sentencia cuyos alcances se deberían comunicar a las homogéneas situaciones de todos los demás (artículo 14 *bis* CN)? ¿Cuál es o debe ser el límite (subjetivo) de la cosa juzgada cuando están en juego derechos individuales **homogéneos**?

Hay, pues, un nuevo *modo faciendi* de protección en concreto, con efectiva utilidad, para ciertas categorías de derechos que se corporizan de forma colectiva.

⁵ En la moderna estructura del debido proceso adjetivo se puede alterar el orden usualmente lógico de sus fases, si por necesidades de eficacia y efectividad de los resultados útiles para la justicia a alcanzar en las sentencias se entrecruzan o altera el iter de sus desarrollos. Lo que importa es evitar las indefensiones o sorpresas a las partes que lesionen su posición defensiva. Por ende, en la acumulación final de los resultados lo gestionado en el expediente debe asegurar, en concreto, los propios de contradicción e igualdad.

⁶ El tribunal "deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales" (Código General del Proceso de Uruguay, en vigencia desde noviembre de 1989, art. 14).

⁷ MORELLO, Augusto M., *La medida cautelar sustancial*, JA, 1992-IV-314.

Todas estas libertades (o derechos) de fundamental significación en la vida de cada cual tienden (deben tender) a una eficacia plena inmediata (el ya) en lo instrumental, sea el proceso administrativo o el judicial.

3) La repercusión mayor en relación con el clásico litigio singular se manifestó, sin embargo, en dos instituciones fundamentales: a) en punto a la legitimación de obrar; y b) tocante a la extensión subjetiva y modalidades de la cosa juzgada.

Acerca de la primera, el verse envueltas tantas personas afectadas en la amenaza o lesión del mismo objeto indivisible y que en su uso o disfrute concierne a muchos; o bien que ese perjuicio (por defecto de fabricación o por causas afines) se reproduciría (repetitivamente) en cuantos, masivamente, se comportan como compradores **anónimos** adherentes a las condiciones generales uniforme e impuestas por el vendedor; situaciones que producían consecuencias paradójicamente contradictorias u opuestas. Desde un ángulo se multiplicarán al infinito procesos con identidad de contenidos, por la misma y común causa determinante y referencia a objetos o bienes indivisibles (el medio ambiente polucionado por afluentes de industrias contaminantes, por ejemplo, Río Reconquista o por el hollín que cubre todas las mañanas las viviendas de los pobladores de Ensenada y que desparraman los hornos de la planta General Mosconi); o que, siendo bienes independientes y de afectación individual, como ocurre con la compra de una heladera o el televisor de tal fábrica y marca tienen los mismos defectos; su defensa provocaría la onerosa y sobrecargada actividad jurisdiccional que, como en calcos sucesivos, **deberían** desembocar en idénticas definiciones sentenciales.

¿Servirá a los fines de la tutela apelar al litisconsorcio o la acumulación de procesos? La experiencia indica que no son ellos funcionales para abastecer estas realidades frecuentes en las ciudades urbanas y dinámicas de fines del milenio. Insistir en esas sendas provocaría otra manifestación desfasada de **más de lo mismo**, que forzarían, a escala desproporcionada, figuras pensadas para ser utilizadas dentro de otras **proporciones** y que, si se las lleva a un registro subjetivamente distinto, se las saca de madre, con resultados adversos su **razonable** y circunscripto ámbito de juego normal.

Desde la otra perspectiva, los daños que producen esas causas son (o pueden ser) de extraordinarias proyecciones, al expandirse geográficamente (la polución de un río) y menoscabar la salud, o la vida, o la calidad de ella (por el arsénico existente

en un fundo, por ejemplo) y que se dilata a ciudades o regiones, lo que significa que las víctimas concretas o potenciales superan cualquier previsión determinada, o de fácil individualización. ¿Cómo demandan cinco mil personas al autor (empresa, o conjunto de ellas) de la polución, o al fabricante de un producto elaborado deficientemente (con fallas) adquirido por tantos consumidores?

Procesos de filosas dimensiones sociales, de repercusiones económicas igualmente relevantes que se enfrentan con otra paradoja que incide en el enfoque y en la estrategia de su tratamiento jurídico. Los daños genéricos (globales) de una magnitud impredecible (los actuales y los futuros) - por ejemplo, en los intereses difusos- al fraccionarse en tantísimos afectados, pueden ser, por el contrario, respecto de cada uno de ellos **ínfimos**, o de muy irrelevante entidad. Acaso perjuicios morales exclusivamente y de muy flaca representatividad.

Por la falla pequeña pero decisiva para el **no** funcionamiento de una estufa acaso el adquirente «no se atreva a hacer nada» porque «no vale la pena», o porque no conozca quién le pueda informar y asesorar y entonces acepte padecer frío durante el invierno antes que verse atrapado por un pleito contra un fabricante sólidamente asentado que, por tener capacidad financiera, bien puede esperar los resultados (tardíos) del proceso judicial singular (Benjamín).

Asimismo, queda en claro que hay en esta problemática dos líneas de fuerza; como una avenida de doble mano, cuyos carriles corresponde diferenciar para matizar sus pertinentes campos operativos y las técnicas con las que se han de abordar. El interés general -decimos el interés prioritario de la sociedad- busca que ni el polucionante ni el fabricante **continúen** en un accionar dañoso o lesivo. Hay que impedir que eso se perpetúe.

La finalidad primera de cualquier reclamo o pretensión (administrativo y judicial) no puede sino perseguir la obtención de un mandato (acto administrativo o sentencia) que prohíba, interdicte, impida, disponga no hacer lo que se viene haciendo, con los peligros y perjuicios que, de lo contrario, se acrecentarían de manera constante.

4) Pero, **al mismo tiempo**, en el otro carril de esa avenida, y en el retorno al **interés** individualizado (el singular y propio de cada habitante o de cada consumidor), aflora el derecho a ser indemnizado por los daños personalmente sufridos, en curso o de agravamiento futuro.

Lo primero es general y no discrimina: el paisaje se corrompe, erosiona y destruye para todos; seguir fabricando y vendiendo máquinas falladas es factor conflictivo de **fronteras abiertas** porque son indeterminados los posibles y fluyentes adquirentes; también diverso el *quatum debeat* en que se cristaliza el perjuicio sufrido por cada uno de ellos.

En el camino de ida el logro útil se alcanzará a través de una sentencia de carácter ordenatorio (en Brasil se nomina **mandamental**) de clausurar o prohibir, que conlleva el agregado específico de la fuerza pública, enraizándose en los matices que cualifican a las condenas de hacer o no hacer (y antes, en la esfera cautelar, habilitan la cuña anticipatoria de la medida innovativa, de verdadero tono **sustancial**, por sus consecuencias equiparables a las de la sentencia de mérito).

Deviene imperioso, **desde el inicio**, asegurar el resultado práctico de ese pronunciamiento, para lo cual ingresan las *astreintes*, las multas, las conminaciones: clausuras e interdicciones. Se hace exigible y patente la buena conducta frente a la sociedad y frente al conjunto (despersonalizado, seriado) de eventuales adquirentes.

En el campo de regreso, el carácter ordenatorio (mandamental), ya agotado en sus implicaciones preventivas y anulatorias de contención y freno de lo que se venía haciendo mal para muchos (afectando al interés colectivo) y perjudicaba al conjunto, el **interés de todos** (derechos difusos), hace que los agravios se nucleen en acentos **individuales**, en las concretas víctimas, unas pocas, numerosas, categorías o grupos, que al perseguir las reparaciones incorporan y diversifican, al lado del proceso colectivo (el del camino de ida), estos singulares reclamos indemnizatorios, variados y de notas particulares uno respecto de otro, según la naturaleza y extensión de los respectivos daños.

Grosso modo, de esta manera quedan dibujados dos marcos superpuestos: uno estructuralmente colectivo, y otro en el cual, en el esquema clásico del daño cierto, probado y liquidable, se ventilará la procedencia y cuantificación de la indemnización. Cada habitante, cada víctima, deberá probar su **agravio**. Cesó la indivisibilidad y emerge la carga de acreditar *el quantum debeat proprio*.

En ese camino, la tutela **específica** a causa de los fenómenos que hemos puntualizado ha tenido que ser desdoblada en dos fases; una se materializa en la sentencia genérica, en donde se impone la más urgente definición preventiva y **paralizan-**

te de las causas dañosas y, además, todavía tampoco se sabe cuáles habrá que indemnizar. Sólo hay víctimas o perjudicados a determinar y nos debemos manejar mediante condenas genéricas.

En un segundo momento, habrá que dilucidar la habilitación (legitimación de obrar en concreto), la competencia o cualidad del accionante **particular** que ejerce su derecho a que se le repare el daño sufrido.

Como un dios Jano, dos rostros, zonas bifrontes, que en la vuelta han de dar respuesta y satisfacción al daño **repartido**.

Se cae en la cuenta de que, para la protección de los derechos difusos o colectivos -derechos transindividuales o metaindividuales- lo establecido y en uso general, tal como se lo practica, no sirve -es insuficiente- para dar solución, por de pronto, a los problemas de la legitimación.

5) Otro foco procesal que se ve afectado es el (político) de la cosa juzgada; el que demanda determinadas adaptaciones y elasticidad a fin de relativizar posiciones pretendidamente absolutas, incompatibles con el perfil de estos derechos, el modo en que se ejerce su defensa jurisdiccional efectiva, las que no estarían cubiertas con idoneidad a través de la aplicación mecánica de lo que estamos habituados.

En efecto, en tal cuadrante la cosa juzgada no puede ser sino *erga omnes* comprensiva de **aque- llos** que aunque no fueron parte, podrían igualmente invocarla por estar comprendidos dentro de la situación material originante del proceso judicial. Esos **otros** también serían juzgados con idéntico resultado al que vino a desembocar ese proceso. Es decir que -para los habitantes de una villa polucionada por la misma fábrica- el proceso colectivo instaurado por algunos o pocos se comunica a todos los que están involucrados en la misma situación. De lo contrario, con sus complicaciones y riesgos, se enracimaría las excepciones de litispendencia y las argumentaciones propias del compromiso o visión individual.

Pero ese régimen (el de la cosa juzgada) en el proceso colectivo estará asimismo imbuido de otras manifestaciones según la manera en que se hubiera estructurado el proceso; si la sentencia hubiera sido desestimada por falta o deficiencia de prueba, no impedirá, sin embargo, que otro eventual legitimado inicie y gane un nuevo proceso por la misma causa de pedir.

Por consiguiente, la eficacia *erga omnes* lo es para

beneficiar (si tuvo éxito), pero no para perjudicar a los demás (si por ejemplo ella es el resultado de un proceso colusivo).

No debe extrañar, por ende, que el CDC (Código de Consumidor) adopte para los límites subjetivos de la cosa juzgada la opción *secundum eventum litis*, de manera que alcanza a aquellos que, aunque no hubieran intervenido como parte del proceso, por ser componentes de la clase, les será al cabo, también favorable (*in utilibus*).

c) Va de suyo, entonces, que la Ley Suprema de 1988, y las acciones civiles públicas, afirman una tendencia que se aparta de la línea individualista del clásico proceso civil para atemperando los riesgos de las acciones populares, suministrar respuestas adecuadas -eficaces- a procesos colectivos. A problemas de una nueva y compleja estructuración subjetiva, en donde las normas legales, reglas de aplicación, legitimación de obrar, distribución de la tarea probatoria, tarea interpretativa para la elaboración de la sentencia, contenido y finalidad del mandato jurisdiccional, alcances de la cosa juzgada colectiva (respecto de sus límites subjetivos) recortan los matices apuntados. En derivación dividida en singularidades afectadas de manera diversa y a ser reparadas con respuestas jurisdiccionales diversificadas, porque las pretensiones de condena a indemnizar (de tratamiento diversificado) entrecruzan reclamos singulares con fines sociales; una tutela colectiva con soluciones particulares. Es un sistema que se conjuga en un moderno sistema procesal **integrado**, encasillando una red de inéditas manifestaciones del debido proceso constitucional al que se hace circular por otros carriles y con revolucionarias exteriorizaciones: a) nuevas legitimaciones; b) diferentes formas

de notificar la demanda, y de tenerse por conocido, con razonabilidad, su contenido porque se presume que debió llegar a destino; c) peculiares enfoques para la **sustitución** procesal (por el representante de la clase o categoría afectada) e igualmente para la **representación** procesal; d) ocaso del papel no neutral del juez; e) impacta también un deseado **activismo** del Ministerio Público⁸; f) y en lo tocante al procedimiento, imposición de costas, gratuidad en el proceso, etc.; g) lo más destacable seguramente es la incidencia de los límites subjetivos de la cosa juzgada que la legislación del país hermano -y una de las cuatro naciones partes del MERCOSUR- acuerda a las pretensiones difusas, colectivas e individuales homogéneas (ver *infra*, artículo 103, CDC).

d) Es igualmente sabido que los consumidores no se organizan (no cuentan tampoco con medios ni estímulos) con poderes propios para equipararse a la situación de la parte adversarial⁹.

1) Los autores del CDC advirtieron, asimismo, que no arraigaría en ese país la modalidad americana de la *class action*, en cuanto al *opt out* (los presumibles legitimados que no son incorporados), que descarta del emplazamiento de parte procesal a quienes no desean ser incluidos en un accionar colectivo o grupal (de la clase); lo que se consagra al establecer requisitos de notificación o de intimaciones expresas de la demanda de clase tan severas que en el Brasil su satisfacción se haría imposible o, en la mayoría de los supuestos y por razón de su costo, dejaría impracticable la tutela colectiva. Las mismas razones justifican la diferente manera de concebir la cosa juzgada que produce la sentencia a recaer en ese tipo de litigio (colectivo).

⁸ Irrumpe como una ola en expansión que no sea ya, el dueño monopólico de la postulación de tutela el Ministerio Público (retado a un comportamiento de mayor presencia y protagonismo), porque sin infraestructura mínima razonable, sin conocimiento científicos o técnicos especializados bastantes y preparado (burocráticamente) para asumir una posición más tranquila o pausada, se ve obligado a enfrentar los nuevos daños desde otro horizonte y dinámica. Al lado de él -cuando no sustituyéndolo-, emergen las entidades privadas intermedias de defensa de esos bienes y derechos que enarbolan la titularidad y ejercicio de acciones privadas de finalidad pública. Desde fines de los años 70, los cuadros normativos se abren a fin de habilitar lo que constituye la acción pública para la tutela de esos nuevos derechos (cfr. NERY JUNIOR, Nelson; MIBRE, Edis, y FERRAZ, Antonio A. A ação civil pública e a tutela jurisdiccional dos interesses difusos. Sao Paulo, 1984, p. 32 ss.; LOPES MEIRELLES, Helly. Mandato de segurança, ação popular, ação civil pública, 13a ed. Sao Paulo, 1991. Brasil cuenta con un sistema institucional integrado por la ley de acción civil pública (ley 7347/85), por el Código de Defensa del Consumidor y los nuevos institutos de tutela jurisdiccional de los derechos difusos y colectivos que destacamos en el texto (ver artículo 5 y los numerales individualizados de la Constitución Federal del 5/10/88. Con el mandato de segurança protegen las libertades fundamentales).

⁹ Todo esto fue rigurosamente explicado por la inteligente procesalista Ada Pellegrini Grinover en Sao Paulo, en su conferencia del 4 de noviembre de 1992 (ver *supra*, nota 1).

En orden a estas especificaciones se ejemplificó: ¿quién que descubra que un envase de leche en polvo que marca 1000 grs. y, que en realidad sólo contiene 950 (o entre nosotros los famosos rollos de 74 metros de papel higiénico que eran -o son- de mucho menos) se aventuraria a reclamar un perjuicio irrisorio por tan poca diferencia (50 grs.)?

Pero ese fraude y enriquecimiento sin causa quedarían válidos, indemnes, estimulados.

2) En el Brasil, por último, la originaria **sustitución procesal** de la parte individual por los entes colectivos (liga, entidad de protección o defensa, que es quien asume o impulsa el proceso colectivo por el lado activo) se puede trocar, en el segundo proceso de conocimiento de reparación individual, en **representación** de las víctimas, sin perjuicio de que éstas puedan actuar de manera personal y directa, (véase textos del CDC en el anexo).

2. DIBUJANDO EL NUEVO PROCESO CIVIL COLECTIVO

Esos ajustes y corrimientos vienen impuestos por la arrolladora realidad de los cambios determinados por el progreso de la ciencia y de la técnica y la agresividad y destrucción del ambiente. De allí que no deban extrañar los postulados de la ecología ante las nuevas circunstancias, las experiencias (masivas) del comercio internacional y la concentración empresarial. Irrumpen la economía de escala, uniformación de mercados, homogeneidad de áreas integradas, normas, **estándares** y cultura comercial **sin fronteras**, todo lo cual conduce, inexorablemente, a una nueva actitud en la defensa pública de esos bienes y de sus usuarios. Dos ópticas, la de la sociedad y la de los consumidores, se entrelazan e interactúan para auxiliarse complementariamente. Sus planos superpuestos concluyen para acordar el diseño a una complejidad que desnuda tantas aristas rebeldes.

El acceso a la justicia (en ese modelo moderno y abierto) aunque reconozca como punto de partida y antecedentes necesarios nociones y tácticas históricas comunes a la tutela individual, trasmuta -con las adecuaciones correspondientes- los encuadramientos y los mecanismos de la tutela **colectiva**, que no se polarizan ni están determinados por el exclusivo propósito de reparar, indemnizar, pagar.

Se ve con nitidez el ascenso y difusión que se ha operado en la última década, ahora constitucionalizado en la Ley Máxima de 1988.

a) De qué manera se delimitan en sus identidades, como parcelas diversificadas. En los intereses o derechos difusos el objeto común es **indivisible** y entre los involucrados por una situación de los consumidores que es envolvente, general, omnicompreensiva, no preexiste ninguna relación de Derecho, vínculo jurídico, enlace comercial o fuente jurídica equiparable. Nada más que, **coexistencialmente**, por ser los que lo integran una comunidad, grupo, categoría o clase **afectada**; la suerte de cualquier de ellos será lo que le ocurre al conjunto. De facto, esa colectividad se ve inserta en

una situación que es compartida por la generabilidad, el conjunto; el daño, el deterioro, coloca en el centro de la referencia a la colectividad sobre las individualidades y en esa universalidad los bienes a tutelar no son divisibles o fraccionables (por caso, el ambiente): la contaminación del aire que respiran los habitantes de un lugar determinado.

b) Los intereses colectivos (no difusos) y desde la óptica de los consumidores las manifestaciones seriadas y múltiples (por ello colectivas) suponen, en cambio, un lazo jurídico (la relación de la compra de la heladera, del producto del laboratorio médico-farmacéutico, etc.); una situación que, cualesquiera fueren sus tenues o atípicas manifestaciones, el Derecho ha regulado de alguna manera. Ha estado presente.

c) Pero, además, en el Derecho brasileño no sólo se habla de los intereses individuales, los colectivos y los difusos, sino que, en este tránsito a un nuevo universo de conflictos, tensiones y técnicas procesales con prioritarias fórmulas encaminadas a sistematizar las **tutelas públicas específicas** (útiles o efectivas), por conducto de acciones civiles colectivas, se ha ingresado al estudio, y en los textos legales a la categoría, de los intereses (derechos) individuales **homogéneos**.

Conciernen a las posiciones idénticas de quienes están regulados por un emplazamiento en la situación que la parcela jurídica **involucrada** comprende de manera uniforme y general. De este modo, los pensionados y jubilados; aquéllos que (y esto se dio en la Argentina) a raíz de la inconstitucionalidad de un impuesto (o de la confiscación de los depósitos a plazo fijo y la irrazonable conversión en bonos a pagar en diez años), tienen como soporte de una eventual pretensión en justicia derechos homogéneos (ser jubilado, contribuyente, depositante, etc.) y estarán legitimados para pretender (judicialmente) la movilidad y cobro de la diferencia del haber jubilatorio, la devolución del tributo cobrado ilegítimamente, sin causa; el reintegro de los depósitos, etc.

Se titularizan de manera uniforme, aunque no defiendan intereses difusos, ni tampoco, *strictu sensu*, colectivos. Ponen de manifiesto que, por el peso de razones nada baladíes (por caso, los jubilados) la multiplicación de causas singulares de igual contenido significaría recorrer una senda totalmente inconveniente, retardataria y disfuncional (que afecta la paz social).

Hay, por cierto, evidentes motivos de conveniencia y justicia para apartarnos del proceso singular clásico (y, entre nosotros, lamentablemente, el

único en uso), para trepar a otro nivel de tutela pública que recorta de un modo diferente la respuesta satisfactoria a una catarata de reclamos y pretensiones afines, similares, cuando no idénticos, y de consideración y definición homogéneas.

En estos últimos se advierte que el matiz patrimonial (aun asistencial o alimentario de las prestaciones) es de fuerte tonalidad, los objetos divisibles, muchos de ellos disponibles o transables (el impuesto, el importe del depósito), resaltando que lo que se busca es la simplificación de la composición a través de la uniformación, seguridad y economía de la respuesta (como si fuera una cascada) a situaciones similares. **Que la cosa juzgada recaída en un proceso singular se traslade -se comunique - a las demás afines.**

No interesa tanto la forma de reducir las dificultades -no pocas, ni simples- que ese cambio de andarivel global supone (por ejemplo, cuál juez y por qué no otro que el del domicilio de la víctima) para proponer ante él, el complemento jurisdiccional del *quantum* indemnizatorio singular sobre el presupuesto genérico del documento ejecutorio base, el título de la sentencia recaída en la defensa colectiva de los intereses difusos (*debeatur*) que poblarán el nuevo cuadrante en que se manifiesta la tutela colectiva específica; como en estar dispuestos, preparados, para las mudanzas de estrategias, comportamientos y estilos profesionales que esas adecuaciones impulsarán y **que están a las puertas de nuestra realidad.**

Esa nueva dupla: acción civil pública-proceso civil, atrapa un fascinante paisaje jurisdiccional de las sociedades urbanas (de las ciudades de los ciudadanos de los años noventa).

3. ANEXO DE LA LEGISLACION BRASILEÑA

- 1) «El Estado promoverá en forma de ley, la defensa del consumidor» (Constitución Federal de 1988 artículo 5 - XXXII)
- 2) «Es concurrente la competencia de la Unión, Estados y Municipalidades para legislar sobre responsabilidad por daño al consumidor» (idem, artículo 24, VIII).
- 3) «Código de Defensa del Consumidor» (ley 8078 del 11/9/90)¹⁰:

Artículo 81.- «La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio, individualmente o a título colectivo».

Parágrafo único: «La defensa colectiva será ejercida cuando se trata de:

“I. Intereses o derechos difusos, así entendidos para los efectos de este Código, los trasindividuales de naturaleza indivisible, de los que surgen titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho”;

“II. Interés o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de este Código, los trasindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”;

“III. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los concurrentes en origen común”¹¹.

Artículo 82.- «Para los fines del artículo 100 (norma que estatuye que transcurrido un año sin habilitación de interesados en número compatible con la gravedad del daño, los legitimados por el artículo 82 podrán promover la liquidación y eje-

¹⁰ Además de las obras que hemos citado, véase: DUARTE GARCIA, Mario S. "Direito do Consumidor", en *O Direito na década de 1990. Novos aspectos* (Estudios en homenaje al profesor Arnoldo Wald), coord. de Paulo Dourado de Gusmao y Semy Glanz. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1992, pp. 21-33; BULGARELLI, Waldirio. "Direito do Consumidor". En la obra anteriormente citada, pp. 34-41; MARINHO, Josaphat. "Institucionalizacao dos direitos sociais". En: *Revista de Direito Civil*. Revista dos Tribunais, 1991, n. 57, pp. 90-97, quien en un justo equilibrio apela a la enseñanza de la encíclica Centesimus Annus, ponderando "la firmeza en el campo de las relaciones jurídicas de un Estado vigente apto, mediante sus órganos competentes y la ley a garantizar la igualdad, aunque relativa, en el trato y en los conflictos entre personas de fuerzas económicas y sociales incomparables. Mantener esa postura también requiere determinación y sociales incomparables. Mantener esa postura también requiere determinación y autodominio, peculiarmente en esta transición histórica en la que la declinación del comunismo europeo viene propiciando el curso a un equivoco retorno al liberalismo no superado" (p. 96, énfasis agregado).

¹¹ Hay más: seguramente que en estos procesos el juez asume un papel decisivo; un protagonismo cabal- nada neutral, apartándose del modelo tradicional de interpretación de normas o hechos controvertidos singulares o circunscriptos, por que al decidir el manejo de la hermenéutica se ajustará a interpretar los fines sociales y las exigencias del bien común, la verdadera presencia y repercusión de esa dimensión (social) en el caso y en las proyecciones, asegurando la eficacia plena inmediata, con independencia de cualquier consideración en relación con las ulteriores reclamaciones patrimoniales específicas. Cfr., obras citadas supra en notas 1, 2 y 7; ver MORELLO, Augusto M., y STIGLITZ, Gabriel. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. Platense, La Plata, 1986, p. 169 ss.

cución de la indemnización debida) están legitimados, **concurrentemente**:

“I. El Ministerio Público”;

“II. La Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal”;

“III Las entidades y órganos de la administración pública, directa o indirecta, aunque no tengan personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código”;

“IV. Las asociaciones legalmente constituidas hasta por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código, dispensada de la autorización asamblearia”».

«Parágrafo 1: El requisito de preconstitución puede ser dispensado por el juez en las acciones previstas por el artículo 91 y ss., cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido».

Artículo 83.- «Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código son admisibles todas las especies de acciones capaces de propiciar su **adecuada y efectiva tutela**».

Artículo 84.- «...Parágrafo 5. Para la tutela efectiva (para asegurar el resultado práctico equivalente al de la satisfacción cuando se trate de acción cuyo objeto sea el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer), el juez podrá determinar las medidas necesarias, tales como la búsqueda y aprehensión, remoción de cosas o personas, deshacer la obra, impedir la actividad nociva, así como requerir la fuerza pública».

Artículo 87.- «En las acciones colectivas de que trata este Código no habrá imposición de costas, emolumentos, honorarios periciales ni cualesquiera otras expensas, ni condena de la asociación actora, salvo comprobarse su mala fe, en pago de honorarios de abogados, costas y gastos procesales».

«Parágrafo único: En caso de haberse litigado de mala fe, la asociación actora y los directores responsables por la proposición de la acción serán

solidariamente condenados en honorarios advocaticios hasta el décuplo de las costas, sin perjuicio de las responsabilidades por daños y perjuicios».

Capítulo II: De las acciones para la defensa de intereses individuales homogéneos

Artículo 91.- «Los legitimados de que trata el artículo 81, podrán proponer, **en nombre propio y en el interés de las víctimas o sus sucesores**, acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes».

Capítulo IV: De la cosa juzgada

Artículo 103.- «En las acciones colectivas de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada:

“I) *Erga omnes*, excepto si el pedido fuera juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba en la hipótesis del inc. 1 (intereses o derechos **difusos**) del parágrafo único del artículo 81”»

“II) *Ultra partes*, más limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas, en los términos del inciso anterior, cuando se trate de la hipótesis prevista en el inciso II (intereses o **derechos colectivos**) del parágrafo único del artículo 81”;

“III) *Erga omnes* sólo en caso de procedencia del pedido, para beneficiar a las víctimas y sus sucesores, en la hipótesis del inciso III (intereses o derechos individuales homogéneos) del parágrafo único del artículo 81”».

«Parágrafo 1: Los efectos de la cosa juzgada previstos en los incisos I y II **no perjudicarán** los intereses y derechos individuales de los integrantes de la colectividad del grupo, categoría o clase .

«Parágrafo 2: En la hipótesis prevista en el inc. III, en caso de improcedencia del pedido, los interesados que no hubiesen intervenido en el proceso como litisconsortes podrán proponer acción de indemnización a título individual» (en todos los textos los énfasis son agregados)¹².

¹² Al intervenir en Sao Paulo, el día 4 de noviembre de 1992, en el debate posterior, apuntábamos la necesidad de avanzar en este terreno con cautela porque el ensanchamiento continuo de las legitimaciones de obrar públicas puede forzar el margen adecuado de recepción, con la consecuencia de hacer fugar a ese costo extraordinario de tutela especial, situaciones o controversias que, quizás, no deban ser objeto de diversificada consideración, con lo que se suscitarán explicables resistencias de parte de quienes, por formación, mentalidad o hábitos, se aferran a las explicaciones establecidas. No todos los conflictos se mudarán a los intereses difusos, colectivos o de tratamiento público homogéneo.

(Continúa en la página siguiente)

4. CONCLUSIONES Y PROSPECTIVAS

a) El tránsito del proceso individual al colectivo es por demás asombroso y nos brinda, ávido de estudios y comprensión, el arsenal de las técnicas y soluciones que la gente aguarda del moderno Derecho Procesal para asegurar los bienes colectivos y lograr -al mismo tiempo- la tutela especial que proteja y defienda los singulares derechos afectados.

La defensa de la sociedad, de los intereses y derechos -vitales- caracterizados como difusos, colectivos e individuales homogéneos impone otro modo de pensar y actuar el Derecho instrumental facilitador de la protección útil de los mismos.

b) La rauda experiencia que proporcionan las modificaciones, adaptaciones y creación del Derecho brasileño, invita -desde nuestro peculiar horizonte, con originalidad y fuerza creativa, es decir sin

copiar o trasplantar aquello que no se conforme con nuestra idiosincrasia y modalidades-, a que nosotros hagamos un paralelo esfuerzo de apertura e innovaciones, incorporándonos al proceso que se está llevando a cabo en Occidente. Desafío que es mucho más frontal y urgente para las naciones integradas en el MERCOSUR.

Lo que importa ahora es concientizar a la gente; algo así como lo que está ocurriendo con la ecología y la defensa del ambiente.

c) Los cambios de mentalidad¹³ son los más difíciles y a los que los abogados estamos menos pre-dispuestos. ¡Bien lo saben la negociación, el arbitraje y la conciliación! Asumamos con inteligencia y ductilidad las nuevas exigencias del acceso a la justicia¹⁴ y demos respuestas vivas a los retos que la sociedad moderna lanza al Derecho Procesal, y **no sólo a él.**

(Continuación de la página anterior)

Ada Pellegrini alertó de las complicaciones que irán surgiendo "en las trincheras de las acciones colectivas", y reflexionó prudentemente en no lanzarlo a ellas al Ministerio Público ante el fuego cruzado de los intereses económicos afectados que se defenderán en una extensión de legitimaciones que puede afectar la garantía constitucional del debido proceso adjetivo, del contradictorio, y de que el acceso a la justicia se concrete con efectividad. En Brasil el ente oficial es el Procon (Coordinadora de Proteção e Defesa do Consumidor).

Y ello aun cuando mencionamos a un Ministerio Público posmoderno, de complicadas atribuciones y prestación protagónica. La parte pública reviste en estos litigios, como legitimado directo y principal o aun coadyuvante, una importancia muy destacada, al igual que la del procurador y la de las entidades públicas y privadas de defensa del ambiente, del consumidor, etc, y de ellos depende, en gran medida, el resultado eficaz de la tutela colectiva.

La misión docente del Derecho en la formación de comportamiento sociales está igualmente asociadas a la información, altura cultural, idiosincrasia, a no declinar -cívicamente- las exigencias colectivas del bien común. No es desde luego comprensible el mismo punto de vista del acceso a la justicia en la perspectiva del Common Law que en la continental ni, tampoco dentro de cada región o aun país.

¹³ Ver nuestra obra *Los abogados. Desafíos de los años noventa*. Platense-Abeledo Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1993, cap. II.

¹⁴ Enlazados los niveles de afectación: en los intereses difusos frente al desastre ecológico, la reconstrucción ambiental, y la idea que aflora de inmediato en afectar un fondo dinerario de reserva para afrontar el costo de la descontaminación y saneamiento de esos componentes vitales, ambiente-difusos (aire, flora, fauna, e inclusive la ética colectiva, que resguarda la salud moral de una comunidad).