

**APUNTES SOBRE LA PRIMERA CONFERENCIA INTERNACIONAL Y XXIII JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL “PROCESOS COLECTIVOS-CLASS ACTIONS”, BUENOS AIRES, ARGENTINA, 6 A 9 DE JUNIO DE 2.012**

Por Mariano Morahan<sup>1</sup>

*“La situación de la defensa de los derechos transindividuales en Iberoamérica es insuficiente y heterogénea, por no decir caótica. Y también se percibe que diversos países están sintiendo la necesidad de legislar sobre la materia”<sup>2</sup>*

*“Estaba tan cómodo en el caos que lo explicó, en lugar de solucionarlo”<sup>3</sup>*

Del 6 al 9 de Junio de 2.012, se llevó a cabo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la “I Conferencia Internacional”, coorganizada por la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL) y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), y al mismo tiempo las “XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal” y el “Coloquio de Buenos Aires de la Asociación Internacional de Derecho Procesal”, eventos académicos todos ellos realizados en forma conjunta, y cuyo objetivo común lo constituyó el estudio, abordaje y tratamiento en profundidad del fenómeno de los

---

<sup>1</sup> Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral –UNL- Especialista en Derecho Procesal Civil –FCJS UNL-. Especialista en Derecho de Daños –FCJS UNL-. Profesor adscripto en la Cátedra de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral –UNL-. Miembro titular y delegado por Entre Ríos de la comisión de jóvenes procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Miembro del Ateneo Entrerriano de Estudios del Derecho Procesal. Miembro del Comité Editorial –por la Argentina- de la Revista “Derecho sin Fronteras” (México). Subdirector del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados de Entre Ríos

<sup>2</sup>Extracto de la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, citado por PEREIRA CAMPOS, Santiago en: **“Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los Procesos Colectivos/Class Actions en América”** en la Obra **“Ira Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: Procesos Colectivos-Class Actions, Buenos Aires Argentina, 6-9 de Junio de 2.012”**, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2012, pág. 203

<sup>3</sup>SABATO, Ernesto en **“Abaddón el Exterminador”**, -en cita de PEREIRA CAMPOS, Santiago, Ib Idem, a la obra de VERBIC, Francisco: **“Procesos Colectivos”**, Bs. As., 2.007, pág. 5.-

litigios de grupo, los cuales resultan sindicados tradicionalmente -tanto en el orden nacional como internacional- bajo las denominaciones comunes –aunque en rigor no responden propiamente a las mismas estructuras, montajes y técnicas procesales- de “Procesos Colectivos”, “Class Actions o Acciones de Clase”, “Acciones Colectivas” “Justicia Colectiva”, etc.

Habiendo resultado elegida la Argentina como país anfitrión, la ardua labor de organización, coordinación y ejecución de tan importante evento académico recayó en la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP), a quien hacemos llegar nuestras sinceras felicitaciones, no solo por el significativo éxito alcanzado y cuyos frutos se evidenciaron prontamente en la abultada y rica producción doctrinaria que se logró cosechar, traducida en la recopilación de significativos aportes provenientes de la más destacada doctrina autoral especializada en la materia -tanto nacional como extranjera-, sino –y quizás tanto más aún- por haber tomado la iniciativa de llevar adelante una convocatoria cuyo norte no fue otro más que el de conocer y comprender acabadamente las diversas experiencias que se vienen registrando en el ejercicio de la litigación colectiva en el derecho comparado, con particular énfasis puesto en aquellos países donde se registra una mayor –y por cierto más fecunda- tradición en su empleo, sea esto bajo el régimen del *Common Law* o bien ya del *Civil Law*, englobando en este último caso a buena parte de los países europeos, al igual que aquellos que integran Iberoamérica, entre los cuales se encuentra nuestro país.

Ahora bien, cabría preguntarnos en este punto, ¿cuál fue el disparador que llevó a la realización de este encuentro académico internacional?. Para respondernos a este interrogante –y desde una visión doméstica- nos basta con advertir que la realidad de nuestro país indica claramente que el sistema legal nativo patentiza en materia de Justicia Colectiva una verdadera situación de mora legislativa, la cual se arrastra propiamente desde el año 1994 y en lo sucesivo, época aquella en la que los derechos de tercera generación anidaron definitivamente en nuestra Carta Fundamental –arts. 41 y 42- lo que reportó sin duda alguna una trascendental conquista en orden al máximo reconocimiento normativo otorgado a nuevos derechos fundamentales, pero que lamentablemente, es necesario decirlo, no supo ser acompañada con la elaboración de un montaje procesal idóneo y que logre brindar respecto de los mismos una adecuada respuesta al mandato de “*Tutela Judicial Efectiva*” que integra el concepto de Debido

Proceso, y consagrado en el orden del derecho nacional en el art. 114 párrafo tercero, ap. 6 de la C.N., y ya en el plano supranacional –pero de directa aplicación interna vía el art. 75 inc. 22 C.N.- en el art. 8 de la C.A.D.H. –Pacto de San José de Costa Rica- al consagrar el “*derecho a ser oído*”, el cual implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas<sup>4</sup>, y asimismo en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuanto reconoce el derecho de toda persona a “*un recurso efectivo*”.

La razón de ser de la imperiosa necesidad de regular un proceso colectivo para así mantener incólume la garantía del debido proceso adjetivo en estos casos puntuales, estriba principalmente –aunque no excluyentemente como más adelante veremos y así surge de la experiencia foránea- respecto de los nuevos derechos y garantías a que hacemos referencia, los que, y dada las características y particularidades propias de los mismos, no alcanzan ya a ser tutelados eficientemente por las estructuras procesales tradicionales que venimos aplicando desde antaño en nuestro país.

En efecto, ya sea que intentemos recurrir a la forma de plenario amplio –juicio ordinario de conocimiento- o abreviado -juicios sumarios y sumarísimos-, todas estas estructuras procesales clásicas previstas para el debate cognitivo, responden al unísono y en todas sus variantes al concepto de litigio en términos –si se nos permite la gráfica expresión- de “*Tisio contra Cayo*” que venimos asimilando en la cultura legal prevaleciente y transmitida desde los tiempos del derecho romano y en lo sucesivo hasta el día de la fecha.

De esta manera, si lo que pretendemos es comprender el fenómeno de la litigación colectiva, debemos previamente concientizarnos de que nos enfrentamos aquí frente a un cambio de paradigma, en cuya virtud los procesos colectivos operan con base en conflictos “*policéntricos*” -en términos precisos de Lorenzetti-, ello así y en tanto existe una pluralidad de potenciales legitimados activos y pasivos involucrados en el pleito, más o menos determinados o indeterminados, todos los cuales deberán ser necesariamente alcanzados por los efectos de la sentencia a dictarse y en tanto la *res iudicata* de la misma contará con efectos expansivos.

---

<sup>4</sup> **GOZAINI**, Osvaldo Alfredo: “**El Debido Proceso**”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2.004, pág 39

Piénsese solamente aquí en el supuesto de daños masivos a los consumidores (vg) la venta de una tablet defectuosa a miles de usuarios repartidos por toda la geografía del país,-e incluso y para el caso de ventas internacionales, repartidos entre varios países-, o bien el supuesto de contaminación a un recurso natural, como ser (vg.) un río, con el aditamento en este último supuesto de que, y para el caso de resultar aquel un recurso interjurisdiccional, necesariamente involucrará a más de una provincia, lo cual también tendrá decidida proyección a la hora de determinar la competencia, aspecto este que exhibe sus propios bemoles.

Frente al complejo panorama de litigación que venimos delineando, el juicio colectivo se ofrece entonces como una opción válida y efectiva tendiente a erradicar el indeseable efecto de los procesos repetitivos, y ello así desde que, conforme indicáramos supra, la sentencia recaída en su seno hace cosa juzgada con efecto expansivo, alcanzando así a todos los miembros de la clase o del grupo que fueron adecuadamente representados, evitando en consecuencia tener que promover juicios individuales imbuidos de la misma base fáctica y jurídica, con la consecuente sobrecarga tribunalicia que ello reporta sin excepción alguna.

Basta ejemplificar lo aquí expuesto con la recordada causa “*Mendoza*”<sup>5</sup> resuelta en instancia de competencia originaria (art. 117 CN) por nuestro máximo tribunal federal y que fuere promovida en base a la contaminación de la cuenca matanza-riachuelo. En dicha ocasión, y debido al vacío legislativo a que hacemos referencia, hubo de recurrirse a un montaje procesal atípico para poder finalmente resolver la causa.

En efecto, se trató este de un caso ambiental en el que se presentaba el daño a un bien de incidencia colectiva –contaminación del río matanza-riachuelo-, así como también daños individuales a particulares, con base en una acción promovida originariamente por diecisiete personas ejerciendo derechos propios, demandando al Estado Nacional, a la provincia de Buenos Aires y al gobierno de la Ciudad Autónoma

---

<sup>5</sup> CSJN “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo” Fallos: 329:2316

de Buenos Aires, así como también a cuarenta y cuatro (44) empresas asentadas en la cuenca y en calidad de agentes potencialmente contaminantes.

El máximo tribunal decidió recurrir al empleo de sucesivas audiencias públicas a efectos de garantizar una amplia participación y el derecho efectivo a ser oído por todas las partes, tanto a los actores como a los gobiernos y empresas demandadas, admitiendo la participación del Defensor del Pueblo de la Nación en calidad de tercero interesado y asimismo habilitando la comparencia espontánea, ulterior y sucesiva, de diversas ONG, ello con base en el art. 90 del CPCCN, arts. 41 y 43 CN y art. 30 Ley 25.675. Se facultó incluso a ampliar la demanda originaria contra catorce (14) municipios sobre los que se extendía la cuenca hídrica en cuestión, etc.

En definitiva, y como seguramente podrá advertir el lector, las matrices procesales tradicionales resultan estériles a la hora de dar acabada respuesta jurisdiccional a esta clase de litigios que reconocen particularidades propias, y que se encuentran carentes de regulación normativa a la fecha.

Esta suerte de prolongado estadio de “vacío procesal” que viene caracterizando a la justicia colectiva en nuestro país, no pasó inadvertido ante los ojos de nuestro máximo tribunal federal, quien, lejos de asumir una actitud silente, volvió a dar en el fallo “*Halabi*” acabadas muestras del marcado activismo judicial que ha caracterizado su actuación como órgano político institucional en aquellas cuestiones que –y llegadas a su conocimiento en la instancia extraordinaria- resultaron de profunda trascendencia para nuestra sociedad, ocurriendo siempre al diseño pretoriano en respuesta al vacío legal, claro activismo al cual nos tiene acostumbrados desde principios del siglo pasado y en lo sucesivo<sup>6</sup>, fijando en esta oportunidad las coordenadas mayores que informan la litigación colectiva, recurriendo asimismo a la tipicidad de los derechos afectados, y

---

<sup>6</sup>Mario Masciotra, en un enjundioso aporte de su autoría enumera las diversas construcciones pretorianas de cúneo propio del Máximo Tribunal y que caracterizan su marcado Activismo Judicial, citando -entre otras- al Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria (fallo “Rey c/Rocha de 1909), al Amparo (Fallos “Siri Angel S.” y “Kot, Samuel SRL” ambos de 1.958), a la disolución del vínculo conyugal y la consecuente recuperación de la aptitud nupcial de los cónyuges vía la declaración de inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 2393 –Ley de Matrimonio Civil- ello en el recordado fallo “Sejean” del año 1.986, al Control de Constitucionalidad de Oficio (Fallos: “Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c/PCIA de Corrientes del año 2001 y posteriormente “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación BCRA) s/Quiebra” del año 2004. (MASCOTRA, Mario “**El activismo de la Corte Suprema de Justicia (Argentina)**” en “**El Papel de los tribunales superiores**”, Obra Colectiva, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2006, págs. 73 a 114.

señalando en definitiva claras pautas y directrices para una futura regulación de un proceso colectivo nacional, denunciando expresamente la ausencia normativa para el caso, ello al referir que: *“Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.”* refiriendo a renglón seguido que el vacío denunciado constituye *“una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido.”*<sup>7</sup>

Esta marcada ausencia normativa tampoco pasó inadvertida en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Santa Fe en 2.011, y en donde la comisión de Derecho Procesal Constitucional elaboró la siguiente conclusión respecto del Tema III: “Los Procesos Colectivos”: *“Se considera necesaria e imperiosa la regulación legal e integral de los procesos colectivos en sus distintas variantes.”*<sup>8</sup>

Lo cierto del caso es que la realidad nos indica que a la fecha, y con excepción hecha de un puñado de artículos repartidos en leyes sustantivas, resulta evidente la ausencia de toda regulación de un montaje procesal idóneo para atender los litigios de grupos en nuestro país.

Entre la escasa normativa vigente, y más allá del amparo colectivo regulado en el art. 43 de la Carta Fundamental, encontramos en el orden nacional los arts. 7,30,32 y 33 de la Ley General del Ambiente (25.675) y los arts. 52, 52 bis, 53 y 54 de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240).

---

<sup>7</sup> CSJN “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. –ley 25.783- dto. 1.563/2004 –s/Amparo-ley 16.986”, sent del 24/2/09 H.270, XLII

<sup>8</sup> **Revista de Derecho Procesal “Procesos Colectivos”**, 2011-2, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2011 pág 649

Ya en el orden provincial –y a guisa de ejemplo- encontramos la ley 13.928 de la Provincia de Buenos Aires que regula al Amparo y asimismo su modalidad colectiva, con la última modificación introducida a la misma por la Ley 14.192 (4/11/10), asimismo los arts. 23 a 28 de la Ley 13.133 que regula el “Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios” en la Provincia de Buenos Aires, y en lo referente a leyes adjetivas provinciales citamos la última reforma operada al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro, ello cfr. Ley 4.142 B.O. del 18/1/2007, la cual incorpora cuatro artículos dedicados solamente a la tutela efectiva de los derechos individuales homogéneos. Así el art. 688 bis, 688 ter, 688 quater y el 688 quinquies.

Cabe señalar asimismo que promediando el 2.012 tramitaban por ante el Senado de la Nación cuatro proyectos relativos a la regulación a nivel nacional de un proceso colectivo, o bien ya una Acción de Clase, a saber: 1) Proyecto elaborado por la Senadora Liliana Negre de Alonso (expte. S-1045-11, Honorable Senado de la Nación”, 2) Proyecto elaborado por la Senadora Sonia Escudero (expte. S-0204-11, H. Senado de la Nación), 3) Proyecto elaborado por la Senadora Adriana Bortolozzi (expte. S-3396-10, H. Senado de la Nación), 4) Proyecto Elaborado por el senador Horacio Lores (expte. S-0018-11, H. Senado de la Nación), a los cuales debe sumarse una propuesta de regulación formulada por la Asociación de Bancos Argentinos (ABA) y a cuyas deficiencias refirió oportunamente el profesor Arazi, indicando que: “*existen muchas cuestiones omitidas en la propuesta de la ABA que no han sido debidamente tratadas, tales como la posibilidad o no de que las sentencias sean invocadas en una jurisdicción distinta a la que corresponde al lugar donde se emitió, la flexibilización del principio de congruencia, la posibilidad de una tutela preventiva o inhibitoria, los honorarios profesionales intervinientes, etc.*”<sup>9</sup>

Fuera de la deficiente y escueta normativa actualmente vigente, por todo lo que hemos señalado resultan indudables los innumerables beneficios y ventajas que reportará la pronta regulación de un proceso colectivo a nivel nacional, lo mismo que en el orden provincial, en este último caso mediante su directa incorporación en los códigos de rito vigentes –y en un capítulo específico de los mismos-, vg) como es el

---

<sup>9</sup>Revista de Derecho Procesal “Procesos Colectivos” 2012-Número extraordinario”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2012, pág. 452

caso de Río Negro, así como la forma en que se encuentra regulada la figura en los proyectos de reforma a los Códigos Procesales de Santa Cruz o el Chaco, o bien ya, y para el caso de la Provincia de Entre Ríos, la posibilidad de la directa regulación del proceso colectivo como un capítulo propio dentro de la Ley de Procedimientos Constitucionales actualmente vigente (Ley 8369).

Formuladas entonces las precisiones del caso en orden al actual estado del arte de la justicia colectiva en nuestro país, nos proponemos repasar, al menos brevemente – ello naturalmente en razón de los límites propios del presente aporte- las voces doctrinarias de mayor trascendencia que ilustraron el evento que hemos traído a consideración de nuestro lector, y que en nuestra opinión corresponden a los profesores Michele Taruffo (Italia), Ada Pellegrini Grinover (Brasil) y Ricardo Luis Lorenzetti (Argentina).

#### **a) Informe de Michele Taruffo<sup>10</sup>(Italia)**

El profesor de la Universidad de Pavia y discípulo de los maestros de la Escuela Italiana, Vittorio Denti y Mauro Cappelletti, señaló que el modelo líder a nivel mundial en materia de juicios colectivos es el de la “*Class Action*” o “Acción de Clase” actualmente vigente en los Estados Unidos y regulado en la Rule XXIII (Regla Nro. 23 del Procedimiento Federal Civil americano), pero no obstante ello puntualizó que existen diversos problemas en la práctica a la hora de adoptar dicho sistema en otras culturas legales, particularmente en aquellas donde prevalece el régimen del “*Civil Law*”, a saber:

1) un primer inconveniente se visualiza en la influencia negativa de los potenciales acusados dentro del esquema del juicio colectivo y los consecuentes lobbies provenientes de vg.) bancos, compañías de seguros, etc. Refiere que a dicho sector no le

---

<sup>10</sup>Extracto de la disertación de Michele Taruffo, Profesor de la Universidad de Pavia, Italia, brindada en base a su informe titulado “**Notes on the Collective Protection of Rights**” en la Obra “**Iera Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: Procesos Colectivos-Class Actions, Buenos Aires Argentina, 6-9 de Junio de 2.012**”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2012, págs. 23 a 29

atrae la idea de la justicia colectiva y por lo tanto plantean oposiciones que por lo general ganan la partida.

2) Pero a la par refiere Taruffo que existe otro problema, de orden mas bien técnico, y que se origina al formularnos la siguiente pregunta: ¿cómo definimos al grupo que será representado y sobre el cual hará efectos expansivos la sentencia dictada en el marco de un proceso colectivo?. He aquí la existencia de dos sistemas claramente diferenciados, a saber:

2.1) El sistema del “**Opt In**”, en virtud del cual cada uno de los miembros del grupo debe declarar expresamente su voluntad en orden a participar del proceso colectivo. Este sistema es el que se aplica en Italia actualmente. El objetivo de este montaje es el de “minimizar” la composición del grupo, ya que en la práctica no serán muchos los que tomen la iniciativa de sumarse, vg.) ¿cuántos querrán participar incorporándose expresamente en un proceso colectivo para reclamar 100 euros?

2.2) El sistema del “**Opt Out**”, que es el que actualmente se aplica en los Estados Unidos y que contiene el diseño de la “*Class Action*” americana<sup>11</sup>. En este sistema la clase se compone de todos los potenciales damnificados con excepción de los pocos que no deseen participar. Aquí debe manifestarse expresamente la intención de no participar del litigio colectivo. En la práctica son muy pocos los que salen del grupo, y como puede advertirse, el objetivo del sistema apunta a “**maximizar**” la clase. A partir de este montaje, y como a continuación veremos, los legitimados pasivos son generalmente condenados a abonar grandes sumas de dinero.

En efecto, este distingo entre los sistemas del “**Opt in**” y “**Opt Out**” resulta relevante desde el punto de vista de las consecuencias patrimoniales que una acción colectiva puede acarrear. Si -por ejemplo-, un banquero roba 50 Euros de cada una de las cuentas pertenecientes a 10.000 clientes, los reclamos individuales por la restitución de dicha exigua suma son altamente improbables, ello en razón del escaso monto que conforma cada reclamo individual, en tanto que una Acción de Clase promovida

---

<sup>11</sup>Tanto daño patrimonial ha causado el uso de las “*Class Action*” en USA, ello debido a prácticas excesivas de las mismas así como a su empleo errado, que se las ha dado en llamar irónicamente “*el monstruo Frankenstein*”, y sus críticos hablan hoy día de la “*holy war against class actions*” Ver: PEREIRA CAMPOS, Santiago, Ib Idem, págs. 203-204

conforme a un diseño basado en el “**Opt In**” probablemente involucre solo una docena, o bien algunos cientos de clientes. A diferencia de ambos ejemplos dados, una Acción de Clase del tipo “**Opt Out**” concluirá con una sentencia condenatoria cercana a los 500.000 Euros, ello desde que solo unos pocos clientes decidirán excluirse de la clase para ejercer su acción individual.

Añadió Taruffo que si bien es cierto que la clase ideal es la de los consumidores, el consumidor no resulta en rigor el modelo universal de demanda colectiva, ya que hay cuestiones jurídicas que son intrínsecamente colectivas (vg.) el derecho sindical: concretamente los reclamos de los sindicatos donde vemos que también existen cuestiones colectivas.

Refiere asimismo que en las últimas dos o tres décadas la protección de los derechos fundamentales amplió su relevancia, y en orden a ello se advierte una significativa lista de derechos fundamentales colectivos: (vg.) derecho a la igualdad, derecho a la educación, derecho a trabajar; estos derechos no pueden ser protegidos eficazmente por la litigación individual, por lo que también aquí entra a jugar la litigación colectiva concluyendo en que la misma viene a constituirse así en un instrumento básico para la justicia constitucional y social.

Reflexionó también el profesor de la Universidad de Pavia que en el mundo globalizado la protección de los derechos colectivos no puede ser considerada ya como una cuestión de los Estados, es decir, los países en el marco de su organización nacional dictan las normas por las cuales establecen su propio régimen judicial, cabe preguntarse aquí: ¿esto es realmente efectivo para la protección de los derechos colectivos?. Si queremos pensar en una justicia colectiva debemos necesariamente pensar en términos globalizados. Imaginemos aquí solamente el supuesto de un producto elaborado defectuosamente y que es vendido a nivel mundial afectando a consumidores en más de 100 países; resulta entonces que ya no podemos aquí pensar en una protección desde la soberanía nacional.

Lo mismo ocurre con lo relativo a las actividades financieras, las que hoy día trascienden las fronteras de los países, (vg.) la actividad ilícita de un banco en Nueva York puede llegar a afectar el sistema financiero de Buenos Aires. Otro tanto ocurre con

la contaminación, vg.) los desastres nucleares de Chernobyl y Fukushima que afectaron a varios países. Vemos entonces aquí que las herramientas construidas desde el derecho nacional resultan insuficientes para la tutela colectiva de esos derechos vulnerados.

Indicó Taruffo que debemos pensar necesariamente en una dimensión transnacional de la justicia colectiva, lo que también suscita graves problemas relativos a la jurisdicción y competencia, vg.) lo relativo a la Lex Fori, en cuya virtud cada tribunal nacional aplica su derecho procesal doméstico; en orden a ello un juez italiano no va a aplicar la Rule XXIII americana, naturalmente aplicará el código procesal italiano. Cabe preguntarse en este punto qué pasaría entonces si debe ejecutarse en Italia una sentencia dictada por un juez americano con arreglo a la Rule XXIII que condena a la aplicación de Daños Punitivos, cuando en Italia estos últimos no están permitidos.

#### **b) Informe de Ada Pellegrini Grinover (Brasil)**<sup>12</sup>

La profesora Ada Pellegrini Grinover, quien junto a los profesores Kazuo Watanabe y Antonio Gidi fueron los relatores del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, indicó que hoy día son cada vez más los países del *Civil Law* que instrumentan y regulan al proceso colectivo –si bien no alcanzan aún el nivel o estadio de maduración y evolución que evidencia la Acción de Clase norteamericana-, pero lo hacen aplicando técnicas que difieren notablemente de aquellas presentes en la “*Class Action*”, acuñando por tanto principios propios; vg) en lo tocante a los efectos de la cosa juzgada relativa a los derechos individuales homogéneos, todos los países del *Civil Law* descartan el sistema del “**Opt Out**” en tanto consideran que el mismo violenta la garantía de defensa en juicio.

En orden a ello puntualizó que los países de América del Sur siguen los lineamientos dados por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el cual establece la regla de la cosa juzgada con efectos “*Secundum Eventum Litis*”, vale

---

<sup>12</sup>Extracto de la disertación de Ada Pellegrini Grinover, profesora titular de derecho procesal de la Universidad de San Pablo, brindada en base a su informe: “**Os Processos Coletivos e as Class Actions na perspectiva do “Civil Law”** en la Obra “**Iera Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal: Procesos Colectivos-Class Actions, Buenos Aires Argentina, 6-9 de Junio de 2.012**”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2012, págs. 51 a 63

decir, la cosa juzgada alcanzará a los miembros de la clase solo para favorecerlos, nunca para perjudicarlos.<sup>13</sup>

Otra diferencia significativa entre ambos modelos de litigación colectiva vigentes en los países del *Common Law* y del *Civil Law* es que en los primeros la legitimación es privada, esto significa que el abogado debe organizar la clase asumiendo todos los riesgos, mientras que en Iberoamérica tenemos el concepto de la universalidad de la jurisdicción y del acceso a la justicia, y asimismo se contempla la titularidad de la acción por parte de los órganos públicos, estando frecuentemente prevista la actuación de instituciones públicas para el control de los procesos colectivos, atribuyéndole también la función de asumir la titularidad de la acción en caso de abandono del proceso o desistimiento infundado.

Asimismo otra diferencia sustancial, remarcó Ada Pellegrini Grinover, radica en que los aspectos económicos propios de las *Class Actions* son adversos a los sistemas del *Common Law*, en tanto que en muchos países del *Civil Law* la justicia es gratuita y la investigación es llevada adelante por los órganos públicos.

Refirió que, no obstante los distingos formulados, y si bien las técnicas procesales y los institutos son diversos entre uno y otro sistema, los objetivos de la tutela son comunes y recaen sobre la protección de los derechos individuales homogéneos e intereses difusos.

Indicó que en Brasil la legitimación es amplia pero que el grueso de los litigios colectivos son promovidos por organismos oficiales extrapoder. Asimismo existe mucha litigación colectiva en cuestiones de políticas de salud, vg) encontramos muchas acciones colectivas promovidas con la finalidad de obtener el suministro de un determinado medicamento ausente en el mercado, así como también para construir nuevos presidios.

---

<sup>13</sup> Este es el modelo adoptado por nuestro país, y así lo encontramos, vg) en la segunda parte del art. 33 de la Ley General de Ambiente (Ley 25.675), el cual, y al regular los efectos de la cosa juzgada en materia ambiental indica: **“La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.”**

A estas acciones colectivas que inciden sobre las políticas públicas del Estado se suman las acciones individuales, (vg.) el damnificado que reclama el mismo medicamento, todo lo cual en definitiva genera un serio problema presupuestario.

En conclusión refiere que de los tres modelos actualmente vigentes, a saber: “**Opt Out**” “**Opt In**” y “**Secundum Eventum Litis**”, el proceso colectivo brasilero se inclinó por la tercera opción, y ese es el sistema actualmente vigente.

En lo referente a las Acciones Colectivas pasivas, que son aquellas que no son promovidas por un grupo, sino “contra” un grupo, indicó que su implementación avanza gradualmente en los países del *Civil Law*. Están expresamente contempladas en Noruega, Israel, en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y en los proyectos de Austria.

Diversos ejemplos de la Acción Colectiva pasiva pueden tomarse de la experiencia recogida en aquellos países que la regulan, (vg.) procesos promovidos contra asociaciones de fabricantes de productos considerados nocivos, con la finalidad de que todos sus asociados sean obligados a colocar advertencias en los mismos para informar debidamente a los consumidores.

### **c) Conferencia del Profesor Ricardo Lorenzetti.(Argentina)**<sup>14</sup>

El profesor Ricardo Lorenzetti, actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, indicó que existe una verdadera polisemia de la expresión “Proceso Colectivo”, ello en tanto existen diversos modos de hablar sobre los mismos. Así, tanto a nivel nacional como en derecho comparado, se habla indistintamente de “*public litigation*” “*aggregate litigation*” , “*Class Actions*”, “*acciones colectivas*” “*acción pública*”, “*acción popular*”, “*procesos colectivos*”, “*justicia colectiva*”, siendo necesario en definitiva, y más allá de las denominaciones existentes, propender a la búsqueda de una “tipicidad” de los derechos que se procuran tutelar a través de estos litigios colectivos.

---

<sup>14</sup>Extracto de la Conferencia brindada por el profesor Ricardo Luis Lorenzetti.

Así, en Halabi se busco una tipicidad, ello al efectuar la triple clasificación de “derechos individuales”, “derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos” y “derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos”, indicando que estas tres categorías también se encuentran incluidas en el anteproyecto de reformas al Código Civil de la Nación. En rigor, concluye en que la tipicidad es fundamental para ver como se organiza el proceso.

Indicó Lorenzetti que la justicia colectiva implica un cambio de paradigma, allí donde hay conflictos colectivos tenemos procesos colectivos; no hay aquí conflictos individuales, lo que en esencia no deja de indicar la existencia de un problema cultural.

Se trata de conflictos “*policéntricos*”, en tanto existe una pluralidad de centros de interés, por lo que debemos también elaborar principios propios. En este tipo de procesos el Juez debe escuchar a todas las partes involucradas, por lo que se recurre a la celebración de audiencias públicas con participación de las partes, Amicus Curiae y terceros, vg) en un litigio colectivo promovido por una comunidad indígena de Formosa y por la cual se reclamaba la posesión de tierras originarias que se superponían con Parques Nacionales, se dio necesaria intervención al Gobierno Provincial, al Gobierno Nacional, así como a diversas ONG. En definitiva, indicó que a la luz de lo expuesto resulta necesario asumir el cambio de paradigma consistente en el tránsito del tradicional conflicto bilateral al “*policéntrico*”.

Otro aspecto complicado de la litigación colectiva tiene que ver con la sentencia, y en particular con lo atinente a la ejecución de la misma, ello en tanto en dicha fase el registro del derecho comparado indica que el Poder Judicial suele intervenir en la gobernabilidad. En este sentido remarca que resulta evidente que las “*cuestiones no justiciables*” cada vez son menos.

Indicó que en lo atinente a la faz de ejecución de la sentencia colectiva se registran dos modelos en derecho comparado: a) el denominado sistema del “*Selfrestraint*” o de “*Autorestricción*” en cuya virtud los tribunales son remisos a involucrarse con cuestiones de competencia propia del Poder Ejecutivo y b) en el otro extremo encontramos, vg.) el modelo adoptado por la Corte Suprema de la India, con un

marcado activismo judicial que importa involucrarse directamente en decisiones propias de los otros poderes del Estado, así, en una Acción Colectiva promovida en base a la contaminación ambiental en Nueva Delhi, la Corte concluyó en la existencia de contaminación originada por la emisión de gases del transporte público automotor, condenando en consecuencia a efectuar las modificaciones necesarias en el sistema de transporte y estableciendo asimismo la forma de hacerlo. Se advierte entonces claramente que el Poder Judicial se involucra en “**como**” debe efectuarse dicho cambio y no solo en el “**que**”. Se trata en definitiva de un “superactivismo”.

A contrario sensu del ejemplo citado, en el recordado caso del riachuelo (causa Mendoza), refirió Lorenzetti que nuestra Corte ordenó a los poderes del Estado involucrados que presenten un plan de descontaminación, pero no le dijo “como” debían elaborarlo, sino que se limitó a delinear un plan procesal de ejecución, recurriendo en este caso a la “*microinstitucionalidad*”, lo que se materializó en la “Autoridad de la Cuenca” designada específicamente para llevar a cabo la ejecución de la sentencia a partir del plan presentado, el cual también resulta monitoreado por las ONG. La CSJN también vigila la ejecución de la sentencia mediante audiencias públicas.

Otro desafío que presenta la litigación colectiva –refiere Lorenzetti- se encuentra en el interrogante de cómo se organiza la legitimación. En los Estados Unidos las acciones de clase (*Class Actions*) se basan en una lógica de mercado, el abogado que desea llevar adelante la acción invierte dinero para conseguir clientes, inclusive para producir la prueba, pero luego participa en las ganancias. En cambio, en otros países que regulan la litigación colectiva, a la legitimación la encontramos en el sector público, vg) en Brasil son los Procuradores.

Indicó que en nuestro país existe una amplísima legitimación para promover las acciones colectivas en tanto que simultáneamente a ello todo el esfuerzo y gasto originado en la investigación recae en el Tribunal, lo cual se traduce en la práctica en que los costos son muy bajos para el litigante en tanto que las ganancias para el mismo son muy elevadas. Esto debe necesariamente replantearse, ya que incentiva a la litigación, lo que ha llevado a que exista actualmente un alto nivel de litigación colectiva en todas la provincias argentinas.

Otro problema radica en la circunstancia de que suele no haber correspondencia entre la jurisdicción y el caso, lo que deriva en conflictos de competencia, circunstancia agravada en la Argentina desde que aún no contamos con un registro de acciones colectivas.

Finalmente remarcó Lorenzetti que en “Halabi” la sentencia solo recayó sobre derechos individuales homogéneos de contenido no patrimonial., ¿pero que ocurre con los derechos individuales homogéneos de contenido patrimonial, como es el caso puntual en nuestro país de los derechos jubilatorios afectados, lo que implica en la práctica el fenómeno de sobrecarga del fuero de la seguridad social, saturado con miles de causas de contenido patrimonial en donde se debate lo mismo?. En definitiva, se trata aquí de litigios que cuentan con mucha trascendencia social, todo lo cual debe necesariamente regularse.

### **A modo de conclusión:**

Resultan evidentes las significativas complejidades que exhibe la litigación colectiva, lo que se traduce en la práctica en un verdadero desafío a la hora de encontrar su precisa regulación y más que nada, su aplicación efectiva.

Factores de diversa índole, y que van principalmente desde lo cultural, pasando por lo político, económico y jurídico, confluyen decididamente a la hora de delinear un montaje procesal adecuado a cada realidad, esto es a cada cultura legal donde debe hacerse efectivo el proceso colectivo.

Importar directamente modelos foráneos ampliamente difundidos por sus bondades alcanzadas –e incluso discutidas- en otras latitudes culturales y económicas, sin efectuar en forma previa a ello una lectura profunda y detenida de la propia idiosincrasia que anima e inspira a la sociedad argentina -la cual será en definitiva la destinataria final de la pretendida tutela colectiva-, muy probablemente conduzca a soluciones divorciadas de nuestra realidad, derivando necesariamente en la ineficacia de todo el sistema, o en el mejor de los casos, alcanzando logros magros y parciales.

Las dificultades y complejidades expuestas no solo anidan en nuestro país, sino que imperan claramente fuera de nuestras fronteras, haciéndose presentes en toda la geografía americana. Los estudios de derecho comparado nos informan de una gran diversidad de realidades en la región, así encontramos: a) países donde existe ausencia total de regulación: Bolivia, Ecuador, Guatemala, Paraguay y Venezuela, b) países donde la regulación es fragmentada o genérica: Argentina, Chile, Perú y Uruguay, y c) países donde existe una regulación específica integral: Brasil, Canadá, Colombia y USA.<sup>15</sup>

Esperamos en definitiva con suma expectativa que los frutos doctrinarios obtenidos en el evento académico que hemos destacado en estas líneas, y que muy sumariamente hemos intentado sintetizar, se conviertan en útiles herramientas al servicio de una necesaria y pronta regulación de un proceso colectivo para los argentinos, deuda pendiente para con nuestra sociedad y de urgente satisfacción.

---

<sup>15</sup>PEREIRA CAMPOS, Santiago, Ibidem, pág. 206