

FUNDAMENTOS DE LA TUTELA COLECTIVA DE LOS DERECHOS (CON PARTICULAR REFERENCIA A LOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS)

*Por Leandro J. Giannini **

I. Introducción

Como hemos expresado en otra oportunidad[1], en el contexto procesal internacional, el desarrollo de los procesos colectivos se encuentra en nuestro país en un estado de desarrollo intermedio, ya que no se cuenta con un cuerpo *sistemático* de normas aplicables a la totalidad de las pretensiones proponibles en la vastedad de los conflictos colectivos.

La ausencia de una definición precisa por parte de nuestro ordenamiento positivo en favor de la elaboración de mecanismos sistemáticos de tutela de los llamados “derechos individuales homogéneos”[2], resulta una de las principales falencias que –en términos generales- puede reprocharse en esta materia al derecho argentino.

El presente trabajo tiene por objeto el examen de los fundamentos que hacen jurídicamente posible y técnicamente conveniente la defensa concentrada de intereses esencialmente *divisibles* pero que, en atención a su origen común y a determinadas características que hemos analizado en otras ocasiones[3] (*homogeneidad, origen común, predominio* de las cuestiones comunes, *superioridad* del proceso colectivo frente a otras técnicas de enjuiciamiento de la controversia), tornan propicio un tratamiento concentrado, pero por razones de estricta conveniencia y no de necesidad lógica. Por dicho motivo se los llama accidentalmente colectivos.

Es una realidad que debe ser aceptada como punto de partida para el estudio de los fundamentos que nutren a un ordenamiento jurídico (vigente –*de lege lata*- o propuesto como opción superadora –*de lege ferenda*-), la premisa que el derecho, en la gran mayoría de las situaciones, no es más que la opción por el mal menor.

Desde hace mucho tiempo se ha renunciado a la noción de un ordenamiento perfecto, que satisfaga la totalidad de las demandas de la sociedad en la totalidad de las situaciones posibles. Tal derecho nunca existió (o al menos el hombre nunca lo conoció) ni va a existir. Menos aún en la dinámica cada vez más vertiginosa del cambio social.

Desde esta perspectiva abordaremos el análisis de los fundamentos de la tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos, intentando demostrar por qué la misma se presenta como una alternativa superadora del molde tradicional de enjuiciamiento de estos conflictos. Recién partiendo de esta base terminaremos de entender que la necesidad de regular adecuadamente esta temática no admite seriamente resistencias que postulen el mantenimiento del *statu quo*, sino discusiones y aportes para hacer al nuevo régimen una opción sustentable y eficaz.

De otra manera, si seguimos sin exponer a la luz del día los argumentos que operan en pro y en contra de cada uno de los modelos, contrastándolos de modo tal que quede en evidencia la superioridad de uno sobre el otro, permaneceremos afirmando

complacientemente que no hay forma de mejorar el colapso del sistema de justicia, que no sea la mejora presupuestaria -con la consecuente creación de nuevos órganos y modernización de los existentes-, la disipación del conflicto, etc.. Todos ellos aspectos primordiales, pero que pueden ser complementados en este ámbito por un tratamiento eficaz y funcional de litigios de rasgos homogéneos.

II. Factores en juego.

Distintas posturas enmarcadas en los confines del razonamiento jurídico tradicional concluirían en la imposibilidad, incoherencia o inconveniencia de la tutela concentrada de lesiones ontológicamente individuales, pero masivas y homogéneas.

Se dirá que el mecanismo alterará uno de los máspreciados bienes del régimen liberal, cual es principio de disponibilidad de los derechos privados. Que los afectados pueden, libremente, optar por no demandar, o negociar el crédito que la afectación produce, compensándolo con beneficios acordados. Que el “gestor” o representante se estaría arrogando la disposición de un derecho de propiedad individual cuya titularidad no detenta. Que la prosecución de estos litigios implicaría en muchos casos la confusión del poder judicial con los restantes poderes, degenerando en el temido “gobierno de los jueces”. Que la onerosidad de los trámites, las dificultades de infraestructura y capacitación, así como los obstáculos culturales, hacen impracticable una solución de este tipo.

Sin embargo, a poco de estudiar su lógica, observamos que estas opiniones suelen –en algunas oportunidades- fallar al omitir la consideración de otras variables que también integran el moderno método de argumentación jurídica, como son los factores materiales de contacto de las abstracciones jurídicas, con la realidad. Y en otros casos, directamente extraen conclusiones equivocadas de premisas inciertas.

En cuanto a lo primero, no se tienen en cuenta o se consideran insustanciales elementos como:

- la frecuente ignorancia de los derechos que asisten al ciudadano en la comparación con la especialización y profesionalidad de las entidades públicas o privadas que en su actividad suelen ser los agentes activos de la lesión masiva; desconocimiento que se agrava por las siguientes circunstancias: a) la hiperinflación normativa que parece no tener fin; b) el déficit de información adecuada, que se suma a una palmaria desigualdad en los medios de obtención de aquélla[4];

- los costos del accionar individual resultan demasiados elevados, en comparación con los beneficios que pueden obtenerse (ecuación costo-beneficio[5]);

- la palmaria desigualdad de recursos materiales, humanos y técnicos entre la casi totalidad de quienes infligen lesiones masivas y quienes las sufren.

- la dispersión de los afectados, que hace prácticamente inviable la constitución de un litisconsorcio[6] entre ellos, o cualquier otra forma coordinada de acción;

- la acción individual, aún cuando se lleve adelante por afectados particulares, es insuficiente para hacer cesar la práctica general antijurídica y lesiva de las empresas;

- posibles represalias contra los usuarios “rebeldes” que opten individualmente por interponer reclamos judiciales;

- etc[7].

Es decir, las categorías clásicas -propias de silogismos jurídicos tradicionales-, pueden fallar en la comprensión de la dinámica social moderna. Nuestro tiempo hace necesaria una prudente actividad hermenéutica de los operadores jurídicos, a fin de encontrar un sendero procesal razonable y funcional para encarrilar el tipo de pretensiones aquí estudiado.

Por otra parte, no debe olvidarse que el balance de las consecuencias que traería aparejada la opción por la continuidad del modelo de enjuiciamiento tradicional o por la previsión de un sistema colectivo eficiente. Pretender que resulta más adecuado continuar con la reparación de estos menoscabos masivos a través de reclamos aislados parece notoriamente irrazonable, porque lleva a dos consecuencias posibles, igualmente antifuncionales (la primera por *ineficiencia* en el esquema de enjuiciamiento, la segunda, por *ineficacia* del mismo como instrumento garantizador de los derechos sustanciales):

- O se produce un colapso en el sistema, por la multiplicidad de los reclamos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo-beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado[8]);

- O se garantiza la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas consumadas (con el consecuente estímulo que toda gratuita irresponsabilidad genera para el futuro[9]), debido a las ya explicadas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en casos como el mencionado (ignorancia, soledad, dispersión, dificultosa coordinación de la masa afectada, deficitaria relación entre el costo y la utilidad de la acción singular, etc.).

III. El proceso colectivo y la división de poderes.

Como hemos adelantado, una objeción al establecimiento de un sistema de enjuiciamiento colectivo de lesiones masivas suele ser el temor al “gobierno de los jueces”. Es decir, que cuando un asunto cobra tal magnitud que afecta a una comunidad de millones de personas –quizás la mayoría de la población- lo que se presentaría es un problema cuya solución no incumbe al poder judicial –que sólo debe actuar para resolver “casos concretos”-, sino a los poderes políticos -cuya misión es la de “proveer al bienestar general”-.

No nos parece acertada esta observación. En un proceso colectivo de reparación de lesiones masivas no hay sino una “controversia” o “conflicto real de intereses”, que se multiplica en una pluralidad de casos homogéneos. No existe invasión por parte del poder judicial de funciones propias de otros poderes. ¿Acaso si los tribunales resolvieran cada uno de los asuntos en forma apartada habría función judicial, pero si los atiende concentradamente hay irrupción en competencias ajenas? ¿Es lo que define a la jurisdicción el tratamiento aislado de los reclamos?.

En el tipo de proceso estudiado hay “caso”; colectivo, pero caso al fin. Existe un conflicto concreto repetido en serie, calidad en virtud de la cual resulta oportuno,

conveniente y, a veces, hasta necesario, su tratamiento concentrado. Podría argumentarse contra esta afirmación que los restantes poderes también ejercen su función frente a conflictos de carácter masivo. Así, el parlamento o el poder ejecutivo en cumplimiento de su atribución reglamentaria, se ven constantemente ante la definición de límites, concesión de beneficios, trazado de políticas, etc., como recursos contra la incesante y dinámica conflictividad social[10]. Por lo que -dirían quienes así opinan- se desfiguraría la claridad de lo que antes llamamos un “caso colectivo”, haciendo casi imposible determinar cuándo nos encontramos ante un conflicto cuyo tratamiento debe ser abordado por los poderes políticos y cuándo ante uno que configure un verdadero caso jurisdiccional. ¿Qué diferencia existe –continuarían estos observadores- entre la definición trazada por el legislador o la administración al permitir o prohibir la comercialización de determinado método anticonceptivo y la que el juzgador formula ante la acción inhibitoria iniciada por y contra los mismos grupos de presión (asociaciones, grupos religiosos, etc.) que actúan frente a los poderes políticos? En otras palabras, todos los poderes constitucionales manipulan una materia dotada de conflictividad. Tradicionalmente se distinguieron las atribuciones de cada uno de acuerdo a características de abordaje que ahora se ven desbordadas por el avance de la protección grupal. Luego, ¿cómo trazamos la línea divisoria entre un “caso” colectivo –dirimible en sede judicial- y un conflicto subyacente en la comunidad cuya dilucidación corresponde a los demás poderes.

Obviamente, la discusión precedente puede ser editada en todos los sistemas constitucionales de fuente norteamericana que, como la de nuestro país, adjudican al poder judicial la potestad de actuar exclusivamente en causas o casos que se sometan a su conocimiento (art. 116, Const. Nac.; art. III, § 2, cl. 1, Const. EEUU)[11]. Reformulando el interrogante ensayado en el párrafo anterior y adaptándolo a dos conocidos *leading cases* del derecho norteamericano, podríamos preguntarnos ¿qué diferencia existe entre la definición formulada por el legislador (o el constituyente) respecto de la oportunidad o circunstancias especiales a partir de las cuales que corresponde prohibir o permitir la interrupción de un embarazo y la realizada por el juez frente a la acción declarativa iniciada por una asociación defensora de los derechos de la mujer para que se permita el aborto en determinadas circunstancias[12]? Idéntico cuestionamiento podría formularse respecto de la condena a hacer impuesta en el célebre caso “Brown vs. Board of Education”[13]: ¿existe alguna diferencia de contenido entre la respuesta que a la conflictividad racial dio la Suprema Corte de los Estados Unidos en dicho precedente y la que el legislador hubiera podido formular en caso de procurar la resolución de tal problemática?

Lo cierto es que la distinción en estos casos no procede en base a la extensión territorial o subjetiva de la solución abordada[14], sino en razón del contenido de la misma. El hecho de que reconozca la existencia de un caso judicial en los procesos colectivos no implica una transfusión de las atribuciones que la Constitución le confiere a los poderes políticos para proveer al bienestar del país. La discreción en la elección de los medios de disuasión de la conflictividad social general que la Carta Magna le confiere al Parlamento y el Poder Ejecutivo, en modo alguno es reemplazada por la misión del poder judicial de entender en controversias supra o pluriindividuales. La jurisdicción tendrá vedado el análisis de los parámetros de oportunidad o conveniencia que razonablemente utilicen las autoridades electas, al igual que ha ocurrido desde siempre. El proceso colectivo no es más que una técnica de organización para la resolución concentrada de conflictos que individualmente nadie dudaría en llamarlos “casos”. Reiteramos: no es de la esencia de la

función jurisdiccional la resolución de causas o controversias de manera aislada (y antifuncional); puede perfectamente abordarse concentrada y funcionalmente por el poder judicial un conflicto de alcances subjetivos múltiples, sin lesión al principio de separación de poderes.

Con esto definimos el punto de partida de la institución analizada, es decir, la posibilidad de consagrarlo sin que exista vulneración de aquel fundamental principio republicano. La cuestión de las repercusiones prácticas que en el erario público y privado conllevaría la magnitud de los asuntos a tratarse por esta vía –que en modo alguno obstan a la viabilidad constitucional de esta clase de procesos sino que expresan más bien objeciones de mérito o conveniencia-, serán consideradas *infra* (ap. 4).

IV. Los derechos privados o individuales y el argumento de la disponibilidad.

En la línea del pensamiento “tradicional” aplicado al fenómeno jurídico contemporáneo, suele afirmarse que la tutela colectiva de derechos individuales choca con el clásico principio de disponibilidad de los derechos privados, inmiscuyéndose así en las decisiones de los ciudadanos sin su consentimiento (arts. 17 y 19, CN?).

La efectividad de este argumento se diluye prontamente al advertirse que:

a) La “renuncia” por la que parecen optar las personas en los casos de lesiones masivas, en realidad no es tal, sino que casi invariablemente responde a factores económico-sociales que obstaculizan el reclamo (negativa relación costo-riesgo-beneficio del accionar individual, falta de información o educación, etc.).

Parecen olvidar quienes postulan la autarquía de la disponibilidad, que si bien es cierto que existe un interés general y no sólo privado en otorgar libertad a los individuos para que gestionen, defiendan y hasta renuncien a sus prerrogativas, también forma parte de los valores más relevantes de nuestro tiempo el de la *efectividad* de los derechos. En palabras de Rocco, “existe un interés público y general en la satisfacción de todos los intereses protegidos por el derecho, tanto colectivos como individuales”[15].

b) Aún en los casos en que el costo beneficio del actuar individual sea favorable y el afectado posea los elementos materiales para la prosecución de su reclamo subjetivo, esta situación no obsta a la consagración de un sistema de tutela colectiva que contemple incluso estos supuestos particulares (o, más bien, excepcionales).

Es que aún en este caso el principio de disponibilidad no se ve en modo alguno afectado por la prosecución de la acción colectiva, dado que el sistema consagra la opción por no someterse a los beneficios del actuar del gestor (*opt out*).

Existiendo, entonces, el *opt out*, el argumento de la pretendida invasión en las prerrogativas de libertad de los individuos queda en falsete, dado que quien no quiere verse integrado en el reclamo concentrado, puede en todo momento manifestarlo y quedar a salvo de la “intromisión”.

V. El “balance de los colapsos”.

Un capítulo que merece detenida consideración es la objeción –no muchas veces

exteriorizada, quizás por lo antipático de sus premisas- relacionada con las consecuencias que el establecimiento de un sistema de reparación de lesiones masivas puede acarrear en las previsiones presupuestarias del Estado y de las empresas, principales legitimados pasivos de estas acciones.

Se trata, ciertamente, de repercusiones que atañen al aspecto político de la decisión, dado que jurídicamente se hace impensable postular como un valor a la tolerancia de las lesiones múltiples, para procurar “la indemnidad del infractor”.

Sin embargo, aún en esta línea argumental de peligrosos alcances, no debe olvidarse que el mantenimiento de las vías tradicionales de reclamo en estos casos es fuente directa de uno de los más notables colapsos de nuestro tiempo: el del poder judicial, desbordado de demandas idénticas para casos uniformes. Trastorno que, sin dudas, es uno de los motivos principales de la alarmante disminución de la calidad del foro y de la magistratura (justicia “cliché”), así como de la transformación de la jurisdicción en una pesada maquinaria tentada hacia prácticas burocráticas e innobles corruptelas.

Es claro que el desequilibrio no sólo afecta a los justiciables al extremo de colocarlos ante un auténtica denegación de justicia –cuestión que de por sí sería suficiente para apreciar la gravedad del problema y postular modificaciones serias y urgentes-. También el prestigio de la magistratura, el principio de economía procesal y la cada vez más necesaria racionalidad del gasto público acentúan el innegable aspecto de orden público que subyace en esta temática.

Por ello, en la mecánica de opción por el “mal menor” y aún colocados en este campo de discusión, no debe perderse de vista que aquí se presenta la alternativa entre dos “colapsos”: uno -hipotético- el de quienes son fuente a diario de ilícitas vulneraciones masivas; y otro -real y vigente- el del poder judicial, que ha sufrido cíclicas “invasiones” de acciones monótonas cuyo tratamiento uniforme, serio y concentrado hubiera ahorrado onerosos e insalubres esfuerzos al estado.

VI. Conclusiones.

En forma meramente enunciativa se recapitulan a continuación algunas conclusiones de lo expresado precedentemente:

1) El análisis de los fundamentos que hacen a la posibilidad jurídica y conveniencia técnica de la tutela colectiva de derechos (y en particular, de derechos individuales homogéneos) no puede omitir la consideración de variables como los factores materiales de contacto de las abstracciones jurídicas, con la realidad, entre otros:

- la frecuente ignorancia de los derechos que asisten al ciudadano en la comparación con la especialización y profesionalidad de las entidades públicas o privadas que en su actividad suelen ser los agentes activos de la lesión masiva; desconocimiento que se agrava por las siguientes circunstancias: a) la hiperinflación normativa que parece no tener fin; b) el déficit de información adecuada, que se suma a una palmaria desigualdad en los medios de obtención de aquélla;

- los costos del accionar individual resultan demasiados elevados, en comparación con los beneficios que pueden obtenerse (ecuación costo-beneficio);

- la palmaria desigualdad de recursos materiales, humanos y técnicos entre la casi totalidad de quienes infligen lesiones masivas y quienes las sufren.

- la dispersión de los afectados, que hace prácticamente inviable la constitución de un litisconsorcio entre ellos, o cualquier otra forma coordinada de acción;

- la acción individual, aún cuando se lleve adelante por afectados particulares, es insuficiente para hacer cesar la práctica general antijurídica y lesiva de las empresas;

- posibles represalias contra los usuarios “rebeldes” que opten individualmente por interponer reclamos judiciales;

2) Las categorías clásicas de la argumentación -propias de silogismos jurídicos tradicionales-, pueden fallar en la comprensión de la dinámica social moderna. Nuestro tiempo hace necesaria una prudente actividad hermenéutica de los operadores jurídicos, a fin de encontrar un sendero procesal razonable y funcional para encarrilar el tipo de pretensiones aquí estudiado.

3) Pretender que resulta más adecuado continuar con la reparación de estos menoscabos masivos a través de reclamos aislados parece notoriamente irrazonable, porque lleva a dos consecuencias posibles, igualmente antifuncionales (la primera por *ineficiencia* en el esquema de enjuiciamiento, la segunda, por *ineficacia* del mismo como instrumento garantizador de los derechos sustanciales):

- O se produce un colapso en el sistema, por la multiplicidad de los reclamos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo-beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado);

- O se garantiza la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas consumadas (con el consecuente estímulo que toda gratuita irresponsabilidad genera para el futuro), debido a las ya explicadas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en casos como el mencionado (ignorancia, soledad, dispersión, dificultosa coordinación de la masa afectada, deficitaria relación entre el costo y la utilidad de la acción singular, etc.).

4) Los procesos colectivos no atentan contra el principio constitucional de separación de poderes, ya que entienden respecto de “casos” o “causas”, conflictos efectivos de intereses que no dejan de ser tales por el hecho de su calidad colectiva. No es de la esencia del poder judicial el tratamiento aislado de las controversias, mucho más cuando el mismo se torna manifiestamente disfuncional para el servicio o es fuente de indefensión de los ciudadanos.

5) La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos no choca con el clásico principio de disponibilidad de los derechos privados.

6) El hipotético desbalance de las previsiones presupuestarias del Estado y de las empresas (principales legitimados pasivos de esta clase de pretensiones) no resulta argumento atendible para impedir una reglamentación sistemática, funcional y equilibrada del enjuiciamiento colectivo de derechos individuales homogéneos.

* Docente de la asignatura Derecho Procesal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad

Nacional de La Plata. Especialista en Derecho Procesal. Relator letrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

[1]Giannini, Leandro J., “Relato Nacional por la República Argentina”, correspondiente al VIII Seminario Internazionale su Sistema Guiridico Latinoamericano e Processo. Unificazione del diritto, Roma, mayo 2004.

[2] Hemos desarrollado *in extenso* la problemática de la defensa colectiva de los derechos individuales homogéneos en Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales*, inédito.

[3]Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales*, ob. cit., cap. II; id. *Tipología de los derechos de incidencia colectiva*, ponencia presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mendoza, 2005), cap. V, aps. b) y c). Remitimos a la doctrina allí citada.

[4] En materia medioambiental se ha sancionado recientemente la ley 25.831 de acceso a la información ambiental (BO, 07-01-2004, p. 1) que, más allá de la utilidad y acatamiento sustancial (no meramente formal) que en los hechos demuestre, revela por lo pronto un diagnóstico bifronte: 1) que en determinadas circunstancias el conocimiento resulta un dato central e indispensable para la defensa de ciertos derechos; 2) que los titulares de ese tipo de prerrogativas carecen en general de la información necesaria, por lo que el ordenamiento debe reaccionar frontalmente para asegurar el acceso a las fuentes de conocimiento. La norma, por otra parte, es una reglamentación del art. 41 de la Constitución Nacional, que impone a las autoridades el deber de “*proveer ... a la información y educación ambientales*” (v. sobre la importancia del acceso a la información, Sabsay, Daniel, “Constitución y medio ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en VVAA, *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, La Ley, Bs. As., 2000, pp. 79-80). En cuanto a la fuente internacional, ver la Convención de Aarhus, del 25 de junio de 1998, sobre acceso a la información, la participación del público en los procesos decisionales y el acceso a la justicia en materia ambiental. Para un comentario de la primera de las normas citadas, v. Siano, Juan M., “A propósito de la sanción de la ley 25.831 de acceso a la información ambiental”, *ED*, 22-04-2004, p. 12).

Lo mismo cabe decir de la materia consumerista, ya que en nuestro país se encuentra reconocido constitucionalmente el derecho del consumidor a una información adecuada y veraz (art. 42, Const. Nac., texto según reforma de 1994) aunque la prerrogativa ya se hallaba prevista con anterioridad a la reforma de la Carta Magna, en la vigente Ley de Defensa del Consumidor 24.240, art. 4 (derecho a una información “detallada, objetiva, eficaz y suficiente”).

[5] El profesor canadiense Garry Watson destaca que en el lenguaje de las *class actions*, los casos en los que la relación costo beneficio del accionar individual es negativo son conocidas como acciones “*individualmente inviables*” (“*individually non-viable claims*”) (Watson, G., “Class actions: the Canadian experience”, *11 Duke Journal of Comparative & International Law*, p. 269). Consideramos a esta expresión más adecuada y directa que la muy utilizada alocución “*small claims*” (“pequeñas causas” o “causas de menor cuantía”).

[6] Como es sabido, esta situación de imposibilidad de constitución de litisconsorcio entre los interesados, ha sido tenida en cuenta por la regla federal 23 de los EE.UU. como presupuesto fáctico de procedencia de la *class action*. Es una muestra más del pragmatismo a que nos tiene acostumbrados el derecho angloamericano.

Transcribimos a continuación el apartado pertinente: “*Rule 23 - Class actions ... a) Prerequisites to a class action. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable ...*”.

[7] Varios autores comparten y desarrollan estos fenómenos de la realidad de los que el intérprete no se puede desentender, v., entre otros: Morello, A. M., “El proceso civil colectivo”, en *Estudios de derecho procesal*, ob. cit., t. II, p. 1071; Con este alcance es que compartimos la procedencia de una hermenéutica dinámica, funcional y creadora (conf. Morello, A.M. - Berizone, R.O. - Hitters, J.C. - Nogueira, C.S., *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Platense, 1983, pp. 181-239); en el ámbito del derecho del consumidor, Bersten, H., *Derecho Procesal del consumidor*, Bs. As., La Ley, 2003, pp. 345-348.

El derecho comparado tampoco es ajeno a estas meditaciones. La Suprema Corte de Canadá, por ejemplo, ha descripto la téisis de los procesos colectivos concentrándola en tres metas principales: 1) la economía procesal (*judicial economy*) a través del manejo eficiente de casos de lesiones masivas potencialmente complejas; 2) mejorar el acceso a la justicia de aquellos que no llevarían sus pretensiones a juicio

individualmente, 3) la modificación del comportamiento de quienes provocan esta clase de daños (Suprema Corte de Canadá, *Western Canadian Shopping Centers Inc. v. Dutton*, sent. del 13-07-2001, 2001 SCC 46, pars. 27-29; íd. “*Hollick v. Toronto (Metropolitan)*”, 2001 SCC 68, par. 15).

Para un desarrollo de estos fundamentos en las class actions norteamericanas, v. Gidi, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos directos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*, inédito, pp. 18-32.

[8] Ejemplos de esta situación se han visto reiteradas veces, aunque en nuestro país, por la proximidad en el tiempo y la magnitud de la sobrecarga tribunalicia se recuerde inmediatamente la multiplicidad de demandas idénticas promovidas por los titulares de depósitos bancarios con posterioridad a la crisis económico-financiera desencadenada en diciembre de 2001. A título ejemplificativo y de acuerdo a datos oficiales elaborados para el Fuero Contencioso Administrativo Federal y “Áreas Federales del Interior”, sólo en el año 2002, se registraron 63.861 causas en las Cámaras Federales y 274.091 expedientes en los Juzgados Federales de Primera Instancia.

Para apreciar el poder colapsante de este ingreso desproporcionado de causas, adviértase que, por ejemplo, en la ciudad de La Plata (que comprende las tres salas de la Cámara Federal de Apelaciones y sólo dos Juzgados de primera instancia en dicha sede, más el Juzgado Federal de Lomas de Zamora y el de Junín, el ingreso total para el año 2002 fue de 31.641 causas. En el fuero contencioso administrativo federal de la Ciudad de Buenos Aires, el ingreso por el mismo período fue de 143.580 expedientes (29.810 en la Cámara y 113.770 en los Juzgados de Primera Instancia). Reiteramos que estamos refiriéndonos sólo a la materia vinculada con la emergencia del sistema financiero, vulgarmente conocida como “corralito” (Ley 25.561; dec. 214/2002 y ccs.) y exclusivamente para el año 2002. *Fuente*: Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

Destacamos que el argumento por el cual sería innecesaria o inconveniente la tutela colectiva en los casos en que el accionar individual se presente como redituable, no sólo cae a consecuencia de la existencia del *opt out*. Esta opción, como indicáramos en el texto, permite contrarrestar la conocida formula por la que se pretende que con la protección colectiva de los derechos individuales homogéneos se vulnera la libertad individual.

Otras razones de índole sistemática también evidencian la necesidad de la tutela colectiva en estos supuestos. Como veremos *infra*, el prestigio de la magistratura, el principio de economía procesal y la cada vez más necesaria racionalidad del gasto público hacen intolerable el enjuiciamiento de innumerables procesos por una misma (o asimilable, por poseer “origen común”) situación de hecho. Sobre la incidencia de los costos del proceso en el acceso a la justicia y en el manejo racional del erario público, v. Berizone, R.O., “El costo del proceso (como sacrificio para el erario público y como impedimento para el acceso a la justicia)”, en *Derecho procesal civil actual*, Platense-Abeledo Perrot, La Plata-Bs. As., 1999.

[9] En el mismo sentido argumentaba Pellegrini Grinover en una de sus tantas conferencias sobre la materia, dictada en el simposio realizado en San Pablo, Brasil, en mes de noviembre de 1992, explicando que en los supuestos de perjuicios irrisorios, la inexistencia de herramientas procesales idóneas permite que “ese fraude y enriquecimiento sin causa [queden] válidos, indemnes, ‘estimulados’” (palabras de la autora, cit. por Morello, A.M., *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., t. II, p. 1075, nota n° 9 -el resaltado nos pertenece-). V. asimismo la tesis ejemplificadora y correctiva que fuera reconocida por la Suprema Corte de Canadá *in re Western Canadian Shopping Centers Inc. v. Dutton*, (2001) 2 S.C.R. 534, 2001 SCC 46, par. 29: “las acciones de clase sirven a la eficiencia y a la justicia asegurando que infractores actuales o potenciales no ignoren sus obligaciones con el público. Sin las acciones de clase, los que causen daños individuales mínimos pero masivos pueden no tomar en cuenta los costos totales de su conducta, porque por cada actor singular el costo de interponer una demanda excedería la probable reparación. La distribución de costos (*cost-sharing*) disminuye el costo de intentar los recursos legales y consecuentemente reduce potenciales demandados que de otro modo podrían asumir que pequeños daños no conllevarían litigio”.

[10] Para un abordaje general del conflicto y, en particular, del conflicto colectivo, v. Entelman, Remo F., *Teoría del conflicto. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, 2002, esp. pp. 78-87.

[11] V. lo expuesto en el capítulo II, par. I, especialmente, notas al pie 16, 17 y 18.

[12] V. el conocido caso fallado por la Suprema Corte de Los EE.UU. *in re “Roe et. al. vs. Wade”*, 410 U.S. 113 (1973), que versara sobre una *class action* incoada por una mujer embarazada, impugnando la

constitucionalidad de la ley penal de Texas en materia de aborto. La Suprema Corte resolvió la cuestión, pese a que el asunto había devenido abstracto a consecuencia de la finalización del embarazo de la actora, dadas las particularidades del caso y la posibilidad cierta de que el reclamo sea reeditado reiteradamente (“*capable of repetition*”). Pero lo relevante respecto de lo que venimos estudiando (implicancias y eventuales límites del ejercicio de la magistratura en procesos colectivos) es la notoria conexión que el caso revela con el tópico de la separación de poderes.

[13] 347 U.S. 483 (1954). Se trata del famoso caso fallado por la Suprema Corte estadounidense que revirtió para el campo de la educación pública la regla jurisprudencial dominante en dicho país conocida como “separados pero iguales” (sentada por el mismo tribunal en “*Plessy v. Ferguson*”, 163 U.S. 537), es decir, aquella que limitaba el concepto de igualdad, de acuerdo a la premisa según la cual todos gozaban de los mismos derechos, pero no se podía obligar a las apersonas de raza blanca a compartir espacios con los de raza negra. Un comentario en español a este fallo puede verse en Miller, J. – Gelli A. – Cayuso, S., *Constitución y Derechos Humanos*, Astrea, Bs. As., t II, 1991, p. 1554.

Hemos hecho referencia a este caso por tener estrecha vinculación con la cuestión que se plantea en el texto, aunque, como puede apreciarse del relato de sus antecedentes, debe aclararse que no se trataba estrictamente de una *class action* sino de un pronunciamiento conjunto (*consolidated opinion*) respecto de diversos casos acumulados sometidos a conocimiento del Máximo Tribunal y provenientes de distintos estados (Kansas, Carolina del Sur, Virginia, y Delaware).

[14] La Corte Suprema Nacional expresó en alguna oportunidad en la que analizó la existencia de un caso o controversia que este instituto no se presentaba en el asunto sometido a su conocimiento: “En el *sub judice* -sentenció el Máximo Tribunal-, dicho presupuesto no se ha cumplido, dado que el interés personal del ciudadano no resulta apto a estos fines, *pues los demandantes persiguen una declaración de ilegitimidad cuyos efectos no se limitarían a actos relacionados con un conflicto o controversia concreto, sino que se proyectaría erga omnes otorgando a la sentencia el carácter de norma general*” (CSJN, sent. del 06/12/1988, *in re “Zarategui, H. c/ Gobierno Nacional”*, J.A. 1989-I-112, énfasis agregado). No compartimos dicho criterio, que por otra parte fue dejado de lado por el Tribunal cimero aun antes de la reforma constitucional (vg., en “*Ekmedjián c/ Sofovich*”, sent. del 7/7/1992, “*Fallos*” 315:1492). El hecho de que se pretenda que la declaración posea efectos *erga omnes* no impide la existencia de un caso. En el precedente citado en primer término, bastaba que La Corte Suprema basara la inexistencia del caso en su tradicional doctrina (que aún hoy mantiene) según la cual este recaudo impone en quien actúa la existencia de un interés lo suficientemente concreto e inmediato (como lo había hecho, vg., en “*Baeza c/ Estado Nacional*”, sent. del 28/09/1984, *ED*, 110-357; “*Constantino Lorenzo c/ nación Argentina*”, “*Fallos*” 307:2386, etc.). Pero no se detuvo allí, dado que, como se aprecia del considerando trascrito, hizo derivar la ausencia de interés de los alcances de la declaración solicitada, lo que no es acertado.

[15] Rocco, Alfredo, *La sentencia civil*, (trad.: Mariano Ovejero), El Foro, Bs. As., 2003, p. 22. En la sistemática del autor, el interés general en la satisfacción de los derechos, es un interés “indirecto o secundario, que se considera siempre en relación con otro interés primario a que se refiere.