



Universidad Abierta
Interamericana

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera Abogacía

**LAS ACCIONES COLECTIVAS COMO HERRAMIENTA
CIUDADANA**

2009

Tutor: Toledo, José Guillermo.

Alumno: Frisco, Guillermo.

Título al que aspira: Abogado.

Fecha de presentación: 12 de mayo de 2009.

1.-Áreas.

Derecho Público- Derecho Procesal.

2.-Tema.

Procesos Colectivos.

3.-Titulo.

Las acciones colectivas como herramienta ciudadana.

4.-Problema.

¿Cuál es la vía procesal más idónea para brindar una adecuada protección a los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos?

5.-Hipótesis.

Las acciones colectivas son la vía procesal adecuada para la protección de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

5.1. -Puntos a demostrar.

1. Los derechos supraindividuales e individuales homogéneos son, por sus características, merecedores de una tutela especial.
2. Los procesos colectivos permiten que grupos afectados puedan acceder a la justicia para solicitar la tutela de derechos por los cuales los miembros del grupo no podrían accionar individualmente ya sea por carecer estos de legitimación activa, por no disponer de los medios económicos para solventar dicha acción, o bien por ignorar que un derecho le ha sido vulnerado.
3. Las acciones colectivas ayudaran a descomprimir el fuero judicial y a evitar decisiones contradictorias sobre un mismo tema por parte del órgano jurisdiccional.
4. La actual regulación por parte de nuestro derecho de fondo en materia de derechos supraindividuales no garantiza una adecuada tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

6.-Objetivos.

6.1.-Objetivo General.

Demostrar la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las acciones colectivas.

6.2.-Objetivos Específicos.

- a. Demostrar que esta acción es un medio adecuado para garantizar a los ciudadanos la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.
- b. Demostrar que la incorporación de los procesos colectivos a nuestro ordenamiento jurídico ayudaría a descomprimir el fuero judicial.

7.- Marco Teórico

La acción colectiva puede definirse como “la acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso), cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanza a un grupo de personas (cosa juzgada).¹

Es decir la acción colectiva es un remedio procesal tendiente a garantizar el acceso a la justicia de sujetos afectados por situaciones idénticas o muy similares.

A través de esta acción se permite garantizar la tutela de intereses o derechos de sujetos que, si no fuere por dicha acción, no acudirían a la justicia ya sea por ser elevados los gastos procesales, por ser menor el monto de la pretensión o bien por carecer estos sujetos de legitimación activa para proponer una acción en defensa de derechos supraindividuales e individuales homogéneos.

La regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico respecto de esta materia resulta ineficiente, lo que trae aparejado como consecuencia inmediata el

¹ GIDI, Antonio. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. Coordinadores Antonio Gidi – Eduardo Ferrer Mac-Gregor. 2ª Edición. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004. P. 15.

impedimento de acceso a la justicia a distintos grupos de sujetos, también llamados comunidades o colectividades, que se ven afligidos por situaciones similares.

La reforma constitucional de de 1994 incorporo a nuestro ordenamiento jurídico los llamados “derechos de tercera generación”, y fue el mismo texto constitucional el que fijo el medio procesal para hacerlos efectivos, este medio es el amparo.

El transcurso del tiempo nos ha demostrado que no es suficiente la regulación antes mencionada para lograr una adecuada tutela de los derechos supraindividuales, trayendo como consecuencia años de vulneración de derechos e impedimento de acceso a la justicia por parte de los ciudadanos.

En el derecho comparado estas acciones se encuentran ya incorporada en los distintos ordenamientos jurídicos de los países más importantes del mundo. El primero en incorporar esta acción a su ordenamiento fue los Estados Unidos de América, y a lo largo de los años esta herramienta se ha ido incorporando en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, obteniendo como resultado el desarrollo de distintos modelos en lo relativo a las acciones colectiva.

Existe diferencias en la materia entre el sistema del Common Law, representados por autores como Owen Fiss², y entre el sistema del Civil Law representados por autores de la talla de Antonio Gidi³ y Ada Pellegrini Grinover⁴.

Pero pese a las diferencias que existen entre los diferentes sistemas en lo relativo a los procesos colectivos, existe unanimidad sobre la efectividad de los mismos y la conveniencia de que estos formen parte de los ordenamientos jurídicos.

² Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale (Estados Unidos).

³ Maestría y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo. Profesor asistente de la materia de Derecho Procesal Americano y Derecho Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad Detroit Mercy. Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho de Pennsylvania.

⁴ Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo.

Es por ello que resulta evidente la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico herramientas procesales tendiente a la protección y tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Por todo lo expuesto y en base a la doctrina de los autores arriba mencionados, el derecho comparado y la jurisprudencia nacional, pretendo desarrollar la temática de los procesos colectivos, y demostrar que es necesario incorporar en nuestro ordenamiento jurídico la herramienta procesal tendiente a la protección de los derechos supraindividuales e individuales homogéneos conocida como Acciones Colectivas.

8.- Metodología.

8.1.- Técnicas

Para la realización de este trabajo y con el objetivo de probar los puntos de tesis antes descriptos he desarrollado una investigación documental. Para ello he realizado un análisis de los aspectos principales del tema en cuestión, he observado la legislación vigente en la república respecto de la temática que se desarrollara en este trabajo, también he analizado el derecho comparado, además he descripto la postura de la jurisprudencia y también he estudiado las distintas corrientes doctrinarias especializadas en la materia, tanto de autores nacionales como extranjeros.

8.2.- Medios y recursos.

En cuanto a los medios y recursos empleados para obtener la información necesaria para el desarrollo del trabajo se ha utilizado: Legislación nacional y comparada, jurisprudencia, manuales, tratados, libros especializados en la materia, revistas jurídicas, actas de jornadas de derecho procesal, conclusiones de congresos y ponencias.

Resumen

A lo largo de este trabajo abordé la temática de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos a fin de demostrar que la mejor manera de tutelarlos es a través de acciones o procesos colectivos que contemplen las características especiales de esta gama de derechos, como así también dejar en evidencia que la falta de regulación por parte del derecho de forma en la materia coloca a los derechos supraindividuales en una situación de desamparo.

Para ello en el primer capítulo comencé por definir lo que se entiende por procesos colectivos, desarrollé las características principales de los mismos y marqué las diferencias básicas que existen entre los procesos colectivos y los tradicionales.

Además en este primer capítulo analicé los derechos objeto de tutela por parte de los procesos colectivos, para ello realicé un estudio los conceptos de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

En el segundo capítulo desarrollé otros dos temas fundamentales en la materia. En primer lugar profundicé sobre los distintos modelos de legitimación activa existentes en los procesos colectivos. Y por último desarrollé el alcance de los efectos de la cosa juzgada de las sentencias pronunciadas en procesos colectivos.

Luego a lo largo del tercer capítulo analicé cuál era la situación de los derechos supraindividuales e individuales homogéneos en nuestro ordenamiento jurídico antes y después de la reforma constitucional de 1994, como así también cuál era la postura de la doctrina y de la jurisprudencia antes de la reforma nuestra Carta Magna.

En el cuarto capítulo, dedicado al derecho comparado, analicé los ordenamientos jurídicos de Norteamérica y de Brasil en materia de acciones colectivas, dado que estos dos países fueron los propulsores en lo relativo a procesos colectivos. Además analicé un Código modelo en materia de procesos colectivos, el cual fue redactado por un grupo de doctrinarios de distintos países especialistas en la materia, dado que este apunta a

servir como modelo para todos aquellos países de Ibero América que pretendan regular la temática de los procesos colectivos.

Todo esto me permitió arribar a la conclusión de que la mejor manera de tutelar los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos es a través de procesos colectivos, y que la ausencia de un proceso especial que contemple las características propias de esta gama de derechos hace que estos se encuentren en una situación de desprotección, lo que trae como consecuencia que la sociedad se ve privada de obtener una adecuada tutela jurisdiccional respecto de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, como así también hace que se afecte la seguridad jurídica y que se desborde el fuero jurisdiccional.

Para llegar a esta conclusión desarrollé una investigación documental, estudiando y analizando la doctrina especializada en la materia, tanto del ámbito nacional como extranjero. También analicé la legislación nacional y el derecho comparado en lo relativo a los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, como así también la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

Capítulo I

ACCIONES COLECTIVAS Y SU OBJETO DE PROTECCION

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Diferencias entre procesos individuales y procesos colectivos. 3. Acciones colectivas; 4. Análisis de la terminología empleada; 5. Clasificación de los procesos colectivos. Crítica; 6. La acción de clases en los distintos sistemas: Civil Law y Common Law; 7. Cierre; 8. Objeto de los procesos colectivos; 8.1. Interés y/o derecho. Discusión doctrinaria; 8.2. Derechos objeto de tutela en los procesos colectivos; 8.2.1. Derechos supraindividuales; 8.2.2. ¿Divisibilidad o indivisibilidad de los derechos supraindividuales?; 8.3. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Diferencias teóricas. Particularidades de cada uno de estos; 8.3.1. Derechos difusos y colectivos; 8.3.2. Derechos individuales homogéneos; 8.3.3. Razones que justifican su tutela colectiva; 8.3.4. Criterios de distinción entre los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos por el derecho brasileño; 8.4. ¿La necesidad de que los derechos supraindividuales obtengan una tutela colectiva es de carácter pública o privada?; 8.5. Cierre; 9. Conclusión.

1. Introducción

En las últimas décadas puede observarse a nivel mundial un avance en el reconocimiento y positivización de nuevos derechos. “A los derechos clásicos de la primera generación, representados por las tradicionales libertades negativas, propias del estado liberal, con el correspondiente deber de abstracción por parte del poder público, a los derechos de segunda generación, de carácter económico social, compuesto de libertades positivas con el deber de correlato del estado a un dare, facere o prestare, la teoría constitucional agregó una tercera generación de derechos fundamentales, representados por los derechos de solidaridad, resultantes de las citados intereses sociales”¹, estos derechos son conocidos como derechos supraindividuales.

Así también al reconocimiento de estos derechos debe sumarse que, ya desde mitad de siglo XX, el acceso a la justicia fue acrecentándose, permitiendo el acceso a los tribunales a distintos sectores de la sociedad antes marginados.

Todo este desarrollo jurídico, la complejidad con que se afrontan las defensas de estos nuevos derechos y el gran crecimiento cuantitativo y cualitativo de conflictos que afectan a la sociedad de hoy, hacen que sea dificultoso la resolución de los mismos a través de los procesos judiciales tradicionales². El surgimiento de nuevos derechos e intereses, como son los difusos y colectivos, hacen resaltar la insuficiencia de las vías procesales tradicionales y de la tutela jurisdiccional, lo que hace pensar la necesidad de desarrollar nuevas vías procesales tendientes a la protección de estos nuevos derechos. En relación a esto el doctor Roberto O. Berizonce³ afirma que pese a que la doctrina procesal iberoamericana desarrollo ideas tendientes a la institución de acciones destinadas a la protección de las clases, los legisladores no han hecho eco de estas ideas, convirtiéndose los medios alternativos de resolución de conflictos ofrecidos generalmente por la administración pública en la forma de protección de estos nuevos derechos, siendo estos medios una especie de “justicia de segunda”.

Toda esta cuestión nos lleva a pensar que es necesaria la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de procesos especiales, tendientes a garantizar a los ciudadanos el adecuado acceso a la jurisdicción a fin de que estos no queden excluidos de la misma y puedan así obtener la reparación de los derechos o intereses vulnerados.

Estos procesos especiales tendientes a la protección de los derechos o intereses supraindividuales, son conocidos como procesos colectivos, a través de estos se permite a determinados grupos, comunidades o clases, acceder a la justicia a fin de obtener la protección de determinados derechos, como son los difusos, colectivos, y también los derechos individuales homogéneos.

En el derecho Argentino esta herramienta procesal no ha sido profundizada. La Constitución Nacional fija como remedio procesal tendiente a la tutela de los derechos de tercera generación, el amparo. El artículo 43 de nuestra Carta Magna⁴ nos dice: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”

Sin embargo pese a existir esta protección, es evidente que la misma no es suficiente para garantizar a la ciudadanía el acceso a la jurisdicción a fin de tutelar los derechos supraindividuales.

Por lo que, con la finalidad de garantizar a los grupos afectados el acceso a la justicia, considero necesario que sea incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la herramienta procesal conocida como acciones colectivas. Pero para poder demostrar esta necesidad y convencer a los lectores de ello es necesario en primer lugar conocer el instituto en profundidad.

A lo largo de este capítulo se llevará adelante el estudio sobre el concepto de las acciones colectivas, las diferencias existentes entre los procesos civiles tradicionales y los procesos colectivos, la clasificación de las acciones colectivas, los diferentes sistemas y el objeto de protección de estos procesos a fin dar a conocer cuales son los derechos objeto de protección por parte de los procesos colectivos, las distintas teorías tendientes a delimitar cuales son las categorías de derechos objeto de esta tutela colectiva y la distinción entre cada uno de ellos, con el objetivo de que una vez conocido el instituto y los derechos que a través de él pretenden ser tutelados, pueda desarrollarse en los capítulos siguientes quiénes son los legitimados activos en los procesos colectivos, cual es el alcance de la sentencia dictada en los procesos aquí tratados, la situación de los derechos supraindividuales e individuales homogéneos en la república y también desarrollar los distintos modelos en el derecho comparado.

En este capítulo pretendo poner al lector en conocimiento de la materia que en este trabajo se desarrollara y probar que existen determinados derechos que por sus características peculiares son merecedores de una tutela especial, distinta a la protección individual tradicional

Para poder desarrollar este capítulo analizaré en profundidad bibliografía general y específica en la materia, como así también estudiaré doctrina de autores dedicados al estudio de los procesos colectivos.

2. Diferencias entre procesos individuales y procesos colectivos.

Antes de comenzar a desarrollar los procesos colectivos es necesario remarcar algunas diferencias esenciales entre el proceso civiles clásico y los procesos colectivos. En primer lugar, cabe aclarar que si bien existen caracteres que diferencian un proceso del otro, no hay que hablar de que existen dos Derechos Procesales distintos (uno individual y otro colectivo) sino que el Derecho Procesal es uno solo, lo que existe son categorías dentro de este.

En cuanto a los sujetos del proceso, bs procesos individuales tradicionales, en principio, se caracterizan por ser un conflicto que afecta a dos personas, ya sean estas personas físicas o personas jurídicas. En cambio los procesos colectivos se caracterizan por estar integrados, al menos una de las partes, por un grupo de sujetos que buscan obtener en el ámbito de la justicia la prevención de un daño o la reparación del mismo, es decir que al menos una de las partes estará compuesta por un gran numero de individuos.

En lo relativo al objeto del proceso, en los procesos civiles tradicionales el derecho que pretende ser tutelado en la orbita jurisdiccional es un derecho material individual y excluyente que recae sobre un sujeto que es el único titular del mismo. A diferencia de los procesos colectivos, donde el objeto de tutela se caracteriza por su supraindividualidad e indivisibilidad. Es decir que en los procesos colectivos los derechos que pretenden ser tutelados por medio de este, son derechos que no pueden imputarse de manera exclusiva y excluyente en cabeza de un único sujeto, sino que por el contrario se trata de derechos marcados por el tinte de lo metaindividual, de lo supraindividual. Estos derechos son conocidos como supraindividuales e individuales homogéneos. Es por ello que mientras que en los procesos individuales el titular del

derecho es un sujeto determinado, en los procesos colectivos la titularidad del derecho recae sobre toda la colectividad afectada.

En cuanto a la legitimación en los procesos individuales generalmente esta es de naturaleza ordinaria, pudiendo ser en determinados supuestos de naturaleza extraordinaria. En los procesos colectivos generalmente la legitimación estará fijada por ley, con la finalidad de que no existan dudas sobre esta. Sin embargo en cuanto a la naturaleza de la misma, existe discusión doctrinaria sobre si se trata de una legitimación ordinaria, extraordinaria o autónoma.

En lo relativo a la representación de los sujetos en el proceso, existe una marcada diferencia entre los procesos individuales y los procesos colectivos. Mientras que en los procesos individuales el actor solo representa sus intereses, en los procesos colectivos existe una autodesignación del representante, el cual accede a la justicia representando a una colectividad (cabe aclarar que cuando se habla de representante no se esta haciendo referencia al abogado, sino que al sujeto afectado que pretende acceder a la justicia).

Por ultimo una gran diferencia entre los procesos individuales y los procesos colectivos recae sobre la extensión de la cosa juzgada. Mientras que en los procesos individuales rige el principio de congruencia subjetiva, es decir que los efectos de la sentencia y por ende la cosa juzgada solo alcanzara a los sujetos que fueron parte del proceso, no pudiendo afectar a terceros que no hayan sido parte del mismo.

En cambio en los procesos colectivos, donde su finalidad es la de tutelar derechos cuya titularidad recae sobre una colectividad integrada por un numero indeterminado de personas, no se aplica el principio de congruencia subjetiva. En estos

procesos la cosa juzgada se extiende a todos aquellos sujetos que forman parte de la clase afectada.

En necesario aclarar que las diferencias han sido señaladas de manera superficial, y que las mismas serán desarrolladas con mayor profundidad a lo largo del trabajo, a fin de que el lector logre un mayor entendimiento respecto de la materia en estudio.

3. Acciones colectivas

El jurista Antonio Gidi define la acción colectiva como “La acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzara a un grupo de personas (cosa juzgada)”⁵.

Según esta definición, la acción colectiva tiene lugar cuando un grupo de personas afectadas por causas muy similares o idénticas, son representadas por un mismo sujeto en un proceso donde la sentencia que pone fin a la litis alcanzara a todos los miembros del grupo.

Según la doctrina también es posible definir la acción colectiva como “La consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno”⁶.

4. Análisis de la terminología empleada

Existe una discusión doctrinaria sobre la terminología a emplear respecto de las acciones relativas a los procesos colectivos.

Parte de la doctrina considera que lo conveniente es llamarlas “Acciones Colectivas”. Estos aseguran que el término “*Class Actions*” o “Acciones de clase”

utilizado por el derecho norteamericano no es el correcto, al igual que el empleado por otra parte de la doctrina que las llama “Acciones de Grupo”.

El fundamento de esta crítica radica en que lo que se debe demostrar a través del nombre de la acción es el carácter colectivo de la misma y no la existencia de un grupo de personas, clase o colectividad.

Esta discusión es meramente teórica y no trae repercusiones en lo relativo a la practicidad de la acción, sin embargo a lo largo del trabajo utilizare la terminología “Acciones colectivas o procesos colectivos” para referirme al instituto objeto de este trabajo.

5. Clasificación de los procesos colectivos. Crítica

La doctrina clasifica a los procesos colectivos según la legitimación y según el objeto del proceso.

Según la legitimación activa se la clasifica en: “acciones colectivas”, “acciones públicas” y “acciones organizacionales”.

Las acciones colectivas serían aquellas impulsadas por los miembros de la clase afectada.

Las acciones públicas serían aquellas propuestas por el estado, ya sea Nacional, Provincial, Municipal o Comunal.

Mientras que las acciones organizacionales son aquellas interpuestas por Organizaciones No Gubernamentales.

Según el objeto del proceso, la acción puede clasificarse en: “acciones asociativas”, cuando lo que se pretende obtener es un beneficio para el grupo en su

conjunto, mientras que le llaman “acciones de grupo”, cuando lo que se pretende es una indemnización para cada miembro del grupo.

Parte de la doctrina considera que estas clasificaciones resultan inútiles, porque en todos los casos se trata de acciones colectivas, en donde no que importa es el representante sea una persona diferente del grupo titular de los derechos que pretenden ser tutelados en el proceso colectivo, considerando que la representación es una cuestión meramente incidental en lo relativo al concepto de acción colectiva.

Estas clasificaciones hacen que distintos autores incurran en error al decir que en Europa no existen las acciones colectivas por ser los únicos legitimados para accionar las Organizaciones No Gubernamentales y el Estado. Pero cabe aclarar, como he dicho anteriormente, que la representación no hace al concepto de la acción colectiva mientras se mantenga la naturaleza de la misma.

Además suele darse que los juristas Europeos piensen que no existe las acciones colectivas en Europa, por ser las sentencias declarativas y condenatorias en una orden de hacer o no hacer, lo que hace que estos incurran en el error de que la acción colectiva tiene que tener un carácter indemnizatorio, grave error éste, dado que ese carácter no es un requisito excluyente.

6. La acción de clase en los distintos sistemas: Civil Law y Common Law.

Los dos sistemas jurídicos que rigen en occidente son el *Common Law* y el *Civil Law*.

Una de las principales diferencias que caracteriza desde siempre a estos sistemas es que en el Common Law, el principal promotor del derecho es el Juez, mientras que en el Civil Law lo es el legislador.

Dice la Dra. Andrea Meroi que la globalización y la expansión del mercado hace que nuestro derecho reciba mayor influencia jurídica del derecho anglosajón, considerando apropiado que un sistema jurídico absorba las conquistas de otro y se nutra de las experiencias de éstos.⁷

Lo que se pretende explicar, es que, pese a las distintas características de los sistemas jurídicos que rigen en el mundo, la realidad exige que los logros de cada sistema sean contemplados por el otro, a fin de, incorporar a los distintos sistemas aquellas herramientas que sean fundamentales para el avance del derecho.

Sin embargo, en lo relativo a las acciones colectivas, existen determinadas pautas que diferencian un sistema del otro. A continuación se detallarán las características propias de cada uno de éstos.

El primer país en incorporar a su ordenamiento jurídico las acciones colectivas fue los Estados Unidos, es por ello que, para caracterizar a estas acciones en el marco del *Common Law*, se tomará como modelo de referencia el sistema Norteamericano.

Por otro lado, el primer país en incorporar estas acciones dentro del sistema del Civil Law, fue Brasil, por lo que se utilizará como modelo para caracterizar el sistema del Civil Law las reglas fijadas por el derecho Brasileño. A continuación se acentuarán las distinciones propias de uno y otro sistema, pero no se desarrollará ni el modelo Estadounidense ni el Brasileño, desarrollo éste que se llevara a cabo en el capítulo cuarto dedicado al derecho comparado en lo relativo a los procesos colectivos.

El sistema de *Common Law*, en lo relativo a las acciones colectivas se caracteriza por tener una visión individualista de la acción. Este sistema está centrado en los miembros del grupo, por lo que los actores principales de la acción serían los integrantes del grupo individualmente considerados y no el grupo como tal.

Según la Dra. Ada Pellegrini Grinover⁸, los requisitos procedimentales que caracteriza a la acción en el sistema anglosajón traería como consecuencia en los países latinoamericanos, la imposibilidad de que los sujetos puedan incorporarse al proceso, dado que en los países de Latinoamérica existe todavía una falta de información y una falta de concientización por parte de las poblaciones.

Por su parte, el sistema del Civil Law, caracterizado en este trabajo por el modelo brasileño en materia de acciones colectivas, adopta un fin más social de la acción colectiva. Este modelo apunta a la protección del bien jurídico tutelado por sobre el grupo afectado.

Otra distinción entre uno y otro sistema, dice Grinover, es que el sistema norteamericano de la *class actions* lo principal es el procedimiento en sí mientras que el sistema brasileño apunta a obtener un efectivo resultado del proceso colectivo.

Sin perjuicio de las distinciones desarrolladas, como antes se ha dicho, la existencia de nuevas y más complejas problemáticas exigen soluciones novedosas, por lo que es necesario que, sin dejar de lado los principios tradicionales que caracterizan los distintos sistemas, se nutran estos de los logros y conquistas conseguidos por el otro.

7. Cierre.

Hemos desarrollado hasta el momento el concepto de acción colectiva, sus clasificaciones, sus aspectos generales y los distintos sistemas jurídicos que regulan sobre la materia, todo con la finalidad de dar a conocer los principios básicos de la materia que hemos de desarrollar en este trabajo.

A continuación desarrollaré los derechos objeto de tutela por parte de los procesos colectivos.

8. Objeto de los procesos colectivos.

8.1. Interés y/o derecho. Discusión Doctrinaria.

Antes de desarrollar el objeto de los procesos colectivos me veo en la obligación de realizar la distinción tradicional entre derecho e interés.

El derecho subjetivo es la facultad que tiene un sujeto para poder exigir a otro un determinado comportamiento, facultad esta que surge de la propia ley.

El interés, visto desde el punto de vista de los procesos colectivos, es un derecho subjetivo supraindividual que recae sobre los miembros de una comunidad o colectividad, pero siendo que los individuos miembros de esta carecen de un derecho subjetivo de carácter individual, y es por ello que recae sobre estos solo un interés.

Esta postura es la adoptada por los autores que consideran que por ser los derechos supraindividuales indivisibles en su objeto e imprecisa su titularidad, estos no encajan en el concepto clásico de derecho subjetivo, caracterizado por la determinación del titular, por ser divisible y excluyente.

Dice Barbosa Moreira “desde que se esté persuadido de la necesidad de asegurar a los titulares la protección eficaz, no importa saber a título de que se le otorga esta protección”⁹, es decir que es indiferente que la protección se le otorgue a título de interés o de derecho. Por lo que, siguiendo a Barbosa Moreira, la distinción entre interés y derecho subjetivo sería innecesaria, dado que siempre es necesario garantizar el acceso a la jurisdicción, ya sea que la tutela recaiga sobre un interés o sobre un derecho.

Calmon de Passos¹⁰ considera que al interés debe considerársele como un derecho subjetivo en sentido amplio, y como consecuencia de ello merecedor de protección.

Por su parte, Kazuo Watanabe¹¹, asegura que cualquier diferencia práctica o teórica que pueda existir entre interés y derecho desaparece cuando los intereses pasan a estar amparados por el ordenamiento jurídico.

En mi opinión, siguiendo la teoría de Kazuo Watanabe, cuando el interés obtiene tutela legal, debe dejarse de lado cualquier tipo de distinción teórica que pueda existir entre interés y derecho, dado que el interés jurídicamente protegido toma la misma posición que el derecho subjetivo.

Es por esta razón que a lo largo de este trabajo me limitare a utilizar el término derecho y no así el de interés, al hablar del objeto de los procesos colectivos.

8.2. Derechos objeto de tutela en los procesos colectivos.

Los países adeptos al sistema jurídico del *civil law* concuerdan en afirmar que los derechos merecedores de ser tutelados por un proceso especial, como lo es el colectivo, son los llamados según la doctrina, derechos supraindividuales, incluyendo estos los difusos y colectivos, y por el otro lado los derechos individuales homogéneos.

Los países que adoptan el sistema del *comon law* no realizan esta diferenciación teórica entre derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, sino que estos se limitan a estudiar la existencia de “cuestiones comunes de hecho o de derecho”, lo que hace más flexible determinar cuales son los derechos merecedores de esta tutela especial.

En nuestro derecho, como bien he dicho antes, la mayoría de los autores diferencian entre los conceptos de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, considerando que son estas tres categorías de derechos los que justifican una tutela grupal, distinta a la tradicional.

Existe una corriente doctrinaria minoritaria en lo relativo al objeto de los procesos colectivos que asegura que lo que debe identificarse son las situaciones merecedoras de tutela colectiva, es decir el objeto de protección, y no los derechos. Esta posición la fundamentan en que las situaciones pueden comprender una determinada clase de sujetos, una determinada clase de bienes, o bien a una determinada clase de derechos. “Así, se puede presentar o converger en una sola situación los tres elementos, por ejemplo: ribereños (sujetos), medio ambiente, navegabilidad, agua potable, etcétera (bien), salud, trabajo, esparcimiento, seguridad (derecho). Es a través de este tríptico que expone una determinada situación o estado de las cosas como se demuestra la necesidad de que existan procesos colectivos”¹². Según esta postura no existen nuevos derechos sino que existen nuevas formas de tutela de derechos preexistentes. En mi opinión, si bien esta teoría sirve para justificar la necesidad de los procesos colectivos, no brinda la exactitud y certeza necesaria para fijar en que casos en particular tendría lugar la tutela colectiva.

A continuación desarrollare por un lado los derechos supraindividuales, los que incluyen tanto los derechos difusos como los derechos colectivos, y por el otro lado los derechos individuales homogéneos.

Una vez precisados los caracteres propios de cada uno de estos marcare algunas diferencias puntuales entre unos y otros.

8.2.1. Derechos supraindividuales.

Los derechos supraindividuales reflejan una posición común a un grupo de sujetos con relación a un mismo bien. En estos casos el derecho supraindividual esta compuesto por una gran cantidad de situaciones relativas a sujetos particulares, en donde todos estos pretenden alcanzar el mismo fin, la tutela de un determinado derecho.

En estos casos el derecho recae sobre la colectividad toda, y por ende sobre los sujetos que componen la misma, pero en este caso no se los protege a estos de forma individual, sino como miembros de la colectividad.

8.2.2. ¿Divisibilidad o indivisibilidad de los derecho supraindividuales?

Parte de la doctrina, encabezada por Pellegrini Grinover¹³, afirman que estos derechos son de naturaleza indivisible, es decir que estos recaen sobre una colectividad, y no sobre los miembros de la misma en forma individual.

Los expositores de esta teoría aseguran que se trata de reclamos que los individuos parte del grupo afectado no podrían reclamar de forma individual por la falta de legitimidad para hacerlo, dado que carecen de titularidad exclusiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sigue esta tesitura, al afirmar en distintos fallos¹⁴ que cuando se trata de reclamos de carácter patrimonial y puramente

individuales no son de incidencia colectiva, y que el reclamo solo tiene naturaleza colectiva cuando sea impracticable la pretensión individual.

Para esta teoría la titularidad del derecho recae sobre la categoría, grupo o clase en forma conjunta y nunca sobre los miembros de la misma.

Otra teoría, encabezada por Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes¹⁵, asegura que los derechos supraindividuales no son indivisibles. Según esta doctrina lo que existe es una ausencia de monopolio sobre la situación jurídica tutelada, pudiendo entonces, si así lo quisieran, todos aquellos sujetos afectados entablar la acción judicial correspondiente de manera individual, alcanzando la sentencia solo al sujeto que entablo la acción, pudiendo los demás hacerlo también si así lo desearan.

Por lo tanto según esta doctrina, si existiere monopolio en la disposición material y procesal de la situación jurídica tutelada no tiene lugar el proceso colectivo, mientras que si hay ausencia de monopolio en el derecho, esta si tendrá lugar.

Considero que la primera teoría analizada es la acertada. Dado que considero que un derecho supraindividual va a ser tal cuando este sea indivisible en su objeto, es decir cuando se pretende acudir a la justicia para hacer valer un derecho como grupo o colectividad, que si no fuera de esta manera los individuos afectados no podrían reclamar.

8.3. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Diferencias teóricas. Particularidades de cada uno de estos.

8.3.1. Derechos difusos y colectivos.

Existen autores que diferencian entre estas categorías de derechos, mientras que otros los engloban dentro de un único derecho objeto de protección colectiva.

La doctrina que vela por diferenciarlos a considerado como fundamental para distinguir estos derechos lo relativo a la “extensión del derecho”, es decir a quienes alcanza, “la determinación” de los sujetos y la “vinculación” que pueda existir o no entre los sujetos afectados.

Dice Andrea Meroi¹⁶ que “cuando un grupo de personas que se encuentran de forma común y simultáneamente en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos los disfrutan conjunta y solidariamente y respecto del que experimentan una común necesidad sea determinado o determinable en su composición, podrá hablarse de un interés colectivo. Cuando, por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable podrá hablarse de interés difuso”

En los derechos colectivos existe una relación jurídica previa entre los miembros del grupo o entre estos y el tercero contra el que se entablara la acción, mientras que en los difusos no existe relación previa alguna, sino que solo los vincula una situación factica o de hecho que afecta a los miembros del grupo. Como consecuencia de esto resulta que en el derecho colectivo la comunidad afectada se caracteriza por su mayor unión y organización, mientras que en los derechos difusos el grupo se caracteriza por su mutabilidad y ocasionalidad.

La doctrina afirma que esta distinción teórica es clara, pero que en la práctica esta distinción genera dificultad, y esto se da por la falta de distinción esencial entre las 2 categorías. “las dos responden a lo metaindividual e indivisible y por ello nadie puede arrogarse su titularidad exclusiva ni excluyente y al mismo tiempo todos los afectados (determinados o no) son potenciales legitimados para su protección”¹⁷

Es por esta razón, es decir por la dificultad práctica, que la doctrina coincide con que a la hora de regular estos derechos, difusos y colectivos, debe hacerse bajo un mismo modo de tutela.

8.3.2. Derechos individuales homogéneos.

Otra categoría objeto de protección a través de los procesos colectivos, y el que mayores controversias ha ocasionado, es el derecho individual homogéneo¹⁸.

Estos son “el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”¹⁹.

El primero en incorporar a su legislación esta denominaron fue la legislación brasileña. Sin embargo su origen es anterior, estos nacen en Estados Unidos a través de las *class actions* anglosajonas con gran desarrollo en los países que adoptan el sistema del *comon law*.

Una característica propia de esta gama de derechos es que si bien se la pretende incluir dentro del objeto de protección de los procesos colectivos, cabe aclarar que los individuos afectados podrían entablar la acción de manera individual y particular si ellos así lo desearan.

Es por ello que la doctrina afirma que sería factible, desde un punto de vista teórico, “en el esquema actual local recurrir a la figura del litisconsorcio (activo)

voluntario o a la acumulación procesos, con lo que tendríamos pedidos individuales (patrimoniales o no) diferenciados”²⁰. Es por ello que es necesario diferenciar el daño causado al interés grupal de aquel daño causado a un particular, de carácter separable e divisible, pero que sin embargo resultaría acumulable por razones de celeridad y economía procesal.

En el primero de los supuestos, o sea cuando se trata de un daño grupal por haberse afectado el interés global, dice Galdos²¹ “se trata de un daño que solo existe en cuanto a un grupo o colectividad, de modo único y excluyente, o es del grupo o no es de nadie”. Por lo tanto si se trata de daños causados al grupo, estos accionarán a través de las categorías de difusos o colectivos. Mientras que si se afecta de una manera individual, pero de forma homogénea a una cantidad de sujetos estos podrán optar por accionar de forma individual, o hacer uso de la acción colectiva.

8.3.3. Razones que justifican su tutela colectiva.

Hemos visto entonces que los derechos individuales homogéneos permiten que sus titulares puedan accionar de manera individual para reclamar el daño causado. Entonces cabe preguntarnos ¿porque es necesario que estos derechos sean amparados por procesos colectivos?

La realidad nos demuestra que a través del litisconsorcio activo o de la acumulación de procesos no pueden llevarse adelante cientos o miles de demandas que derivan de un daño masivo. Esta es una de las razones que justifica que si bien se trata de un derecho individual, indisponible por terceros, resulta conveniente que sean tutelados por un proceso colectivo, porque a través de la incorporación de estos procesos se evitarían soluciones contradictorias respecto de una misma cuestión, así como también se evitaría la acumulación de tramites en el fuero judicial, y beneficiaria

a la economía procesal, dado que todos o la mayoría de estos reclamos se reunirían en una única acción, lo que trae como consecuencia que exista un solo representante, que se produzca una sola prueba y que se obtenga una sentencia única para todos los afectados por la misma causal.

El Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica ²² en su artículo 2 exige determinados requisitos a los derechos individuales homogéneos para que sean considerados como tales. Este Art. exige que en estos derechos deben predominar las cuestiones comunes homogéneas por sobre las cuestiones individuales, además debe acreditarse la utilidad de la tutela colectiva, la relevancia social de la tutela colectiva caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el número de personas alcanzadas. Además se exige que deba existir una adecuada representatividad del legitimado.

Dice Paula Buffarini que es el juez de la causa el que deberá evaluar en cada caso en concreto si se cumplen con los requisitos para considerar que se trata de un derecho individual homogéneo y así otorgarle la tutela colectiva, todo según la discrecionalidad del juez de la causa.

Son todas estas razones las que justifican la necesidad de que los derechos individuales homogéneos sean objeto protección de los procesos colectivos.

8.3.4. Criterios de distinción entre derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos utilizado por el derecho brasileño.

El Código de defensa del consumidor brasileño ²³ utiliza tres criterios básicos para distinguir los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Estos criterios utilizados son “criterio subjetivo (titularidad del derecho)”, “criterio objetivo (divisibilidad del derecho)” y “criterio de origen (origen del derecho)”.

a. Criterio subjetivo. Titularidad del derecho.

En los derechos difusos la titularidad recae sobre una comunidad, entendiendo por tal no un país o individuos sino una comunidad amplia formada por sujetos indeterminados e indeterminables. Es decir que el titular es claramente determinable: “la comunidad” siendo indeterminable los sujetos que la conforman.

Dice el Código brasileiro que el derecho colectivo recae sobre una colectividad integrada por personas indeterminadas, pero determinables.

Mientras que los derechos individuales homogéneos recaen sobre una comunidad integrada por sujetos perfectamente individualizados.

Una pequeña parte de la doctrina considera que los derechos difusos no son derechos, fundamentando semejante postura en que “si no es posible identificar el sujeto de derecho, no es posible definir al titular del derecho viciado”²⁴. Sin embargo, aclara Antonio Gidi²⁵ que el sujeto de derecho siempre está determinado y que hay un solo titular de ese derecho, este es la comunidad cuando se trata de un derecho difuso, la colectividad cuando se trata de un derecho colectivo y las víctimas parte de la comunidad cuando se trata de un derecho individual homogéneo. Siendo que lo que resulta indeterminado o indeterminable en el caso de los derechos difusos son los sujetos que integran la colectividad y no el titular del derecho.

b. Criterio objetivo. Divisibilidad del derecho material.

Dice Gidi que en lo que respecta a los derechos difusos y colectivos, por ser estos supraindividuales, el derecho resulta indivisible. Mientras que los derechos individuales homogéneos, tal como resulta de su nombre, son divisibles entre los integrantes de la comunidad afectada.²⁶

c. Criterio de origen. Origen del derecho.

A través de este criterio diferenciador se puede observar más claramente la distinción entre los derechos colectivos y difusos, no así tanto de los individuales homogéneos.

En los difusos los titulares de derecho material, o sea los miembros indeterminado e indeterminables de la clase no se encuentran ligados por ningún vínculo jurídico previo, sino que lo que los une son circunstancias meramente de hecho. Estas circunstancias se caracterizan por ser conductas ilícitas que afectan el derecho difuso, pero esto no quiere decir que se trate de una única conducta, sino de conductas semejantes.

En cambio los titulares de los derechos colectivos se hallan ligados entre sí por un vínculo jurídico previo, ya sea que este vínculo exista entre ellos, como bien podría ser los socios de una S.A., o que se hallen ligados los miembros del grupo con la contraparte, como por ejemplo los contribuyentes del fisco. La doctrina al tratar los derechos supraindividuales, analiza de manera conjunta los difusos y los colectivos por tener estas características similares como son la supraindividualidad y la indivisibilidad, y por no existir diferenciaciones esenciales, considerando Gidi que la categoría de derechos colectivos no tiene utilidad práctica, dado que en el caso concreto esta podría ser encuadrada en los derechos difusos o en los individuales homogéneos.

En lo que respecta a los derechos individuales homogéneos, Gidi²⁷ considera que el criterio de origen no alcanza para distinguirlos de los difusos y de los colectivos, dado que el origen común, es decir la causa común que afecta a todos los miembros de la comunidad víctima puede originarse tanto en el caso de existir una relación jurídica previa entre los sujetos afectados, como en el caso de que no exista relación alguna

entre ellos. Asegura este autor que “los derechos individuales homogéneos se caracterizan por ser una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de la divisibilidad, del cual el titular es una comunidad de personas indeterminadas pero determinables, cuyo origen es en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho”. Pero según este autor no existe los derechos individuales homogéneos, sino derechos individuales homogenicamente considerados, es decir que se crea una ficción legal a fin de facilitar la protección colectiva de estos derechos.

Es por ello que la doctrina considera que la titularidad de los derechos individuales homogéneos debe ser considerada un todo indivisible. Es decir que recaiga en cabeza de una comunidad, integrada por los sujetos afectados, siendo la divisibilidad solamente manifiesta en la fase de liquidación y ejecución de la sentencia colectiva.

En lo relativo al “origen común” que caracteriza a estos derechos, la doctrina aclara que no debe tratarse de un mismo y único hecho el que afecte a todos los miembros de la comunidad, sino que lo fundamental es que sean situaciones jurídicamente iguales, aunque sean hechos diferentes. Es decir que no se trata de una cuestión temporal, sino que lo importante es que sean situaciones jurídicas iguales o muy similares. En conclusión puedo decir que para determinar si se trata de un derecho individual homogéneo, debe observarse y analizarse el “origen común” que causó el daño a los miembros de una comunidad.

8.4. ¿La necesidad de que los derechos supraindividuales obtengan una tutela colectiva es de carácter pública o privada?

En lo relativo a los derechos individuales homogéneos la doctrina de forma unánime coloca la tutela colectiva que se le otorga a estos como de interés privado, es

decir que lo que justifica esta tutela especial no es un interés público, sino razones de carácter privado, pero que bien contribuirían a mejorar el sistema procesal.

El problema radica sobre los derechos difusos y colectivos. Parte minoritaria de la doctrina los ubica dentro del interés privado.

La mayor parte de la doctrina los coloca dentro de la esfera de los intereses públicos. El fundamento que utiliza esta parte de la doctrina para incorporar a los derechos difusos y colectivos dentro del interés público radica en que cuando estos derechos se ven lesionados se produce un daño al estado, lo que permite pensar entonces que es el estado el legitimado exclusivo para accionar respecto de la tutela de los derechos supraindividuales, lo que resultaría una legitimación pública para poder acceder a la jurisdicción y de esta manera privar a los particulares de poder entablar la acción correspondiente para la tutela de tales derechos.

A su vez existe una tercera postura que asegura que los derechos colectivos y difusos se encuentran entre lo público y lo privado. Es decir que si bien cuando estos derechos se ven afectados trae como consecuencia la afectación del estado, también resultan vulnerados los derechos de los ciudadanos parte de la comunidad o colectividad afectada, porque lo que la necesidad de tutelar de manera especial estos derechos es tanto pública como privada.

8.5. Cierre.

A lo largo de esta segunda parte del capítulo hemos podido observar que la doctrina occidental concuerda en su mayoría sobre cuáles son los derechos objeto de una tutela especial. Ya hemos visto también las distintas opiniones teóricas en cuanto a la forma de distinguir unos de otros, sin embargo no cabe duda que por las

características especiales de los derechos antes desarrollados estos son merecedores de protección colectiva.

9. Conclusión

Al principio de este capítulo dije que para poder avanzar en este trabajo era necesario conocer en profundidad los conceptos generales de las acciones colectivas.

Hemos visto entonces el concepto de acciones colectivas, sus clasificaciones, sus aspectos generales y los distintos sistemas jurídicos que regulan sobre la materia.

Todo esto nos permite tener una noción clara de la materia que en este trabajo se desarrolla, objetivo principal de este primer capítulo.

Resulta evidente entonces luego de estudiar los conceptos generales de la materia en cuestión, que a través de esta acción se permite brindar tutela jurisdiccional sobre determinados derechos, objeto de la acción, a determinados grupos a fin de garantizar a estos el acceso a la justicia, derecho éste, garantizado por la Constitución Nacional²⁸.

Es por ello que mientras no se regule en nuestro ordenamiento jurídico la herramienta procesal conocida como acción colectiva o acción de clase se estará impidiendo a la ciudadanía la posibilidad de acceder en determinados casos a los tribunales a fin de obtener la adecuada protección jurisdiccional de sus derechos.

En lo que respecta al objeto de protección de los procesos colectivos a quedado probado que estos derechos son merecedores de tutela especial por sus características particulares. El tinte supraindividual caracterizado por la indivisibilidad de estos derechos, nos demuestra que estos no pueden ser tutelados por los procesos tradicionales en donde las partes son sujetos afectados en un derecho que le es propio,

exclusivo y excluyente, sino que en el caso de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos sus titulares son grupos, colectividades o comunidades afectadas, integradas por un gran número de individuos, cuya titularidad del derecho recae sobre todo el grupo de manera indivisible.

En el siguiente capítulo desarrollaré la legitimación en los procesos colectivos, las medidas cautelares en estos procesos y el alcance de la cosa juzgada, todo esto a fin de demostrar la conveniencia de incorporar este instituto a nuestro ordenamiento jurídico.

Capítulo II

LEGITIMACION Y COSA JUZGADA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Legitimación en los procesos colectivos. 3. Teoría general de la legitimación en los procesos individuales; 4. Teoría general de la legitimación en los procesos colectivos; 4.1. Naturaleza jurídica de la legitimación para obrar en los procesos colectivos; 4.2. Actos de disposición por parte del legitimado en los procesos colectivos; 5. Fuentes legales en Argentina respecto de legitimación en los procesos colectivos; 6. Distintos modelos de legitimación en los procesos colectivos; 7. La representación adecuada en los procesos colectivos; 8. Cierre; 9. Medidas cautelares en los procesos colectivos; 9.1. Requisitos para la procedencia de las medidas cautelares; 9.2. Recurribilidad; 9.3. Irreversibilidad; 10. Cosa juzgada y litispendencia en los procesos colectivos; 10.1. Introducción; 10.2. Cosa juzgada en los procesos colectivos. Particularidades. Diferencias con los procesos tradicionales; 11. Litispendencia en los procesos colectivos; 11.1. Litispendencia entre acciones colectivas y acciones individuales; 11.2. Litispendencia entre acciones colectivas; 12. Cierre; 13. Conclusión.

1. Introducción.

En el capítulo anterior he desarrollado los aspectos generales de las acciones colectivas y los derechos objeto de protección de las mismas, todo con el fin de dar al lector un primer conocimiento de las acciones aquí tratadas.

A lo largo de este segundo capítulo pretendo desarrollar la legitimación en materia de acciones colectivas, con la finalidad de determinar su naturaleza, los distintos modelos de legitimación, y su distinción con la representación adecuada.

También en este capítulo analizaré las medidas cautelares en las acciones colectivas. Además desarrollaré la extensión subjetiva de la cosa juzgada en los procesos colectivos, y la litispendencia en estos procesos.

En este capítulo pretendo demostrar que a través de los procesos colectivos se permite que determinados sujetos afectados, sin legitimación para accionar individualmente, puedan obtener tutela jurisdiccional para la protección de sus derechos. Además es objetivo de este segundo capítulo desarrollar los distintos modelos de legitimación y precisar cual es el más conveniente. También pretendo fijar cual es el alcance de la cosa juzgada, demostrando que de esta manera se le otorga protección a grupos o colectividades afectadas en determinados derechos, que mientras no exista una adecuada regulación en materia de procesos colectivos, estos grupos quedaran sin posibilidad de acceder al fuero judicial, o bien no podrán hacerlo de una manera que resulte mas conveniente a los intereses del grupo afectado. Además pretendo demostrar que por medio de los procesos colectivos se descomprimirá el fuero judicial, dado que cantidades de causas idénticas se trataran en un único proceso, colaborando con la economía procesal y evitando decisiones contradictorias que afecten la seguridad jurídica.

Para llegar a esta conclusión utilizare bibliografía de carácter general y específico de la materia, consultando tanto autores nacionales como extranjeros, respetados procesalistas expertos en la materia.

2. Legitimación en los procesos colectivos

Al estudiar la legitimación en materia de procesos colectivos es necesario distinguir los aspectos generales de la legitimación en los procesos tradicionales civiles, de los aspectos generales de la legitimación para obrar en los procesos colectivos.

Es la falta de profundidad en el estudio de la materia por parte de la doctrina nacional que, según Abraham²⁹, no se ocupó de desarrollar una adecuada distinción teórica entre los conceptos tradicionales de legitimación y la legitimación particular de los procesos colectivos lo que llevo a la jurisprudencia a negar el accesos a la justicia a determinados sujetos que pretendieron tutela jurisdiccional respecto de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos fundando esta denegatoria en la falta de legitimación activa, sin realizar un adecuado estudio sobre el fondo del asunto. Todo esto por analizar la cuestión según los parámetros tradicionales de la legitimación.

Dice Gidi “Para que los tribunales puedan proteger derechos de grupo, los sistemas de derecho civil (*civil law systems*) deben abandonar los principios ortodoxos e individualistas del procedimiento civil, los cuales tradicionalmente han demandado la existencia de un interés personal y directo en el resultado del litigio, y que por esto no han permitido la representación de un grupo de personas”³⁰

A continuación se realizara una distinción entre la legitimación para obrar en los procesos civiles tradicionales y la legitimación para obrar en los procesos colectivos³¹.

3. Teoría general de la legitimación en los procesos individuales.

Abraham define la acción como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para que se emita el pronunciamiento correspondiente sobre sus pretensiones (lo cual no debe confundirse con el derecho que se persigue ni puede supeditarse al reconocimiento favorable de este)”³².

La acción está compuesta por dos elementos fundamentales como son el interés para accionar y la legitimación, elementos necesarios para la existencia de la acción. Es entonces necesario para proponer una demanda, acto por el cual se materializa la acción, la existencia de interés procesal y de legitimación.

El interés procesal, según Abraham, “es el derecho fundamental de acceder a la justicia para solicitar la tutela judicial efectiva de derechos e intereses jurídicamente protegidos”³³.

El interés procesal difiere de la legitimación, mientras que el interés procesal tiene que ver con la necesidad del actor de obtener la tutela adecuada por parte de la justicia de un derecho determinado, necesidad que debe subsistir durante todo el proceso, la legitimación radica sobre el interés material o sustancial del actor del proceso, y en el caso de que quien accione carezca de interés material o sustancial en la litis, la acción no prosperará, no por falta de interés procesal, sino por falta de legitimación.

A continuación me limitaré a desarrollar la figura de la legitimación desde el punto de vista de los procesos tradicionales individuales, dejando de lado otras figuras del derecho procesal, seguramente muy importantes, pero que no vienen a ser propias de la materia que en este trabajo se pretende tratar.

a. La legitimación ordinaria.

La legitimación *ad causam* o sustancial hace referencia a la vinculación del sujeto procesal, es decir aquel que entablo la demanda, con la relación jurídica material que se discute en la litis.

“La legitimación ordinaria es, pues, para una parte de la doctrina, la concordancia o relación directa que existe entre quien ostenta la titularidad de la relación jurídica sustancial y quien pretende ejercitar la posición respectiva en la relación jurídica procesal (tanto desde el punto de vista activo como pasivo)³⁴”.

Otra postura doctrinaria afirma que tal relación de titularidad no es esencial al concepto de legitimidad, porque según esta puede que tanto el actor como el demandado tengan legitimación en la causa, pero luego la sentencia declare que el actor o el demandado no tienen el derecho o la obligación que respectivamente invocaban o imputaban.

En otros casos la legitimación esta otorgada por ley, sin tener en cuenta la relación sustancial. En estos supuestos la legitimación no nace por la titularidad de los derechos u obligaciones sino por estar las partes en una situación jurídica que impone la propia ley.

En la Argentina la legitimación se demuestra a lo largo del proceso, y solo puede ser analizada por el juez al inicio del proceso cuando la falta de legitimidad sea manifiesta, planteándolo el interesado como una excepción de previo y especial pronunciamiento.

La mayoría de la doctrina adopta la postura de que la “legitimación es un presupuesto de admisibilidad de la pretensión en la sentencia de fondo y no un presupuesto procesal o de validez del procesos”³⁵, es decir que en lo relativo a la discusión doctrinaria sobre si la legitimidad forma parte del derecho sustantivo o del derecho adjetivo, puede declararse que la legitimación es parte del derecho de fondo, y

solo sería alcanzada como presupuesto de admisibilidad de la demanda cuando sea notoria y manifiesta la falta de legitimación.

Dice la doctrina que la legitimación solo debe ser afirmada por la parte para que inicie y tramite el proceso, siendo que si luego durante el proceso se demuestra la falta de legitimación esta será declarada al final del litigio en la sentencia.

a. La legitimación extraordinaria.

La legitimación extraordinaria tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico permite a sujetos que no son los titulares de la relación jurídica objeto de discusión en los procesos, puedan intervenir en el litigio en nombre propio y en interés propio o ajeno, pero representando siempre un derecho ajeno.

La doctrina asegura que el caso mas común de legitimación extraordinaria es el caso de la sustitución procesal, la cual tiene lugar cuando una norma de fondo faculta a una persona para ser parte de un litigio en nombre propio y en interés propio pero ejerciendo un derecho ajeno, dado que como dice Abraham “no es titular de la relación jurídica que se debate en el proceso”³⁶, y da como ejemplo el caso de la acción subrogatoria del código civil. También se da el caso en el que un sujeto es parte de un proceso en nombre propio, por interés ajeno y por un derecho también ajeno, ejemplo de esto es el caso en que los sindicatos actúan en defensa de sus afiliados.

4. Teoría general de la legitimación en los procesos colectivos.

La doctrina asegura que la legitimación para obrar en los procesos colectivos es un problema cronológicamente anterior a la cosa juzgada, pero que sin embargo este problema de la legitimación traerá consecuencias posteriores.

La legitimación se regula con la finalidad de asegurar a los interesados la posibilidad de poner en funcionamiento el órgano jurisdiccional para obtener la tutela de

sus derechos. Una vez reconocidos los derechos supraindividuales en el derecho material, y la posibilidad de ejercitarlos en la justicia, todavía es necesario que el derecho positivo determine quien tiene la facultad para entablar la acción en el fuero judicial³⁷. El derecho debe evaluar a quien otorgara legitimación activa para estos procesos, dado que a quien se le otorgue debe actuar sin violentar los intereses de la comunidad afectada e intentar obtener una tutela efectiva de los derechos.

Las propuestas de la doctrina han sido innumerables, se a dicho entre otras cosas que debe otorgársele legitimación a la comunidad afectada, a las organizaciones no gubernamentales destinadas a la protección de los derechos afectados, al estado, etc. Dice Gidi que “cada una de las propuestas anteriormente mencionadas aisladamente trae mucho menos ventajas que inconvenientes y la única forma de conciliar los aspectos positivos y disminuir los problemas y los riesgos emergentes es la técnica de combinar alguna de estas propuestas, atribuyendo legitimaron tanto a los entes públicos como a los entes privados o a los particulares”³⁸. Considera este autor que los grupos organizados son los principales legitimados para accionar, dado que la comunidad o la colectividad es la titular del derecho, siendo que la legitimación del estado es subsidiaria, y que sirve en los países latinoamericanos mientras la sociedad se organice, pero que una vez esta organizada de manera correcta seria su tarea la protección y control de estos derechos. Además asegura que deben instaurarse sistemas de control sobre aquellos legitimados para actuar, a fin de evitar abusos por parte de estos.

4.1. Naturaleza jurídica de la legitimación para obrar en los procesos colectivos.

Esta discusión doctrinaria a perdido peso dado a que en la actualidad es la propia ley la que expresamente confiere a determinados sujetos la legitimación para obrar. Sin

embargo desarrollare cual fue la discusión clásica en esta materia respecto de la naturaleza jurídica de la legitimación para obrar en los procesos colectivos.

La discusión clásica en esta materia fue siempre entre si se trata de una legitimación ordinaria o extraordinaria. Es decir si el que actúa lo hace por derecho propio o por derecho ajeno.

Mientras que una parte de la doctrina asegura que la legitimación es de carácter extraordinaria, otra asegura que es de carácter ordinaria, y lo funda en que al interponer la demanda, el actor lo que hace es ejercer su parte del derecho supraindividual.

Una tercera teoría asegura que la legitimación no es ordinaria ni extraordinaria, sino que es autónoma. Esto encuentra fundamento en que, como dice Gidi siguiendo a Rodolfo de Camargo Mancuso³⁹ “el criterio de que el derecho se utiliza para atribuir legitimación para proponer las acciones colectivas (al contrario de lo que acontece en las acciones individuales) no se esta basado en la titularidad del derecho material invocado, sino en la posibilidad del autor colectivo de transformarse en el adecuado porta voz de los intereses de la comunidad, por lo tanto debe examinar su aptitud, su idoneidad social para ser considerado como el representante adecuado para la defensa judicial de los derechos supraindividuales”. Es decir que según esta teoría es la representación adecuada lo que otorga legitimidad.

En cuanto a la legitimación para obrar en los derechos individuales homogéneos la doctrina es casi unánime al considerar que la legitimación es de carácter extraordinario. Pero Gidi critica la postura adoptada por aquella parte de la doctrina que considera que la legitimidad para obrar en lo relativo a los derechos difusos y colectivos es de carácter ordinaria, y la de los derechos individuales homogéneos es extraordinaria. Este autor considera que de esta manera se adopta una postura incoherente, porque

reconocer como ordinaria la legitimación para obrar respecto de los derechos difusos y colectivos y extraordinaria la legitimación para obrar respecto de los individuales homogéneos es negar que el titular de ese derecho es el conjunto de víctimas indivisiblemente considerados cuando en realidad la tutela de un derecho individual homogéneo lo entabla un sujeto afectado parte del grupo, no por un derecho ajeno sino por uno propio, sin perjuicio de que cada uno de los perjudicados entable la acción de manera individual si así lo deseara, excluyéndose de esta manera de la tutela colectiva. Pero cuando la acción es colectiva esta se entabla en representación de todos los individuos afectados como un todo, siendo que la divisibilidad se ve solo en la liquidación de la sentencia.

Vimos entonces que cuando la ley es la que otorga legitimidad, la discusión en cuanto a la naturaleza de la misma queda en segundo plano, sin embargo la doctrina considera que el problema puede darse cuando la ley no le concede legitimación a determinados grupos de personas que se ven afectados, siendo que estos grupo son titulares de los derechos, los cuales le han sido reconocidos por leyes o por la propia Constitución. La doctrina considera que para estos supuestos debe ser el juez el que debe evaluar si los sujetos que reclaman la tutela de los derechos supraindividuales tienen legitimidad otorgada por la Constitución, pese a que la ley no le reconoce a estos sujetos legitimación para obrar. En este caso el juez estaría tomando una decisión contraria a la ley, en miras de garantizar al ciudadano la posibilidad de acceder a la justicia a fin de obtener la tutela adecuada.

4.2. Actos de disposición por parte del legitimado en los procesos colectivos.

Se discute en la doctrina si el legitimado activo puede realizar actos de disposición en los procesos colectivos.

Este problema se vincula con la legitimación, dado que en la teoría clásica, el legitimado ordinariamente podría realizar actos de disposición, a diferencia del extraordinario que no podría hacerlo.

La doctrina brasileña considera que los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos son indisponibles, pero que en determinados casos particulares, y con la finalidad de arribar a una solución conveniente, el juez podrá aprobar un acto de disposición por parte del legitimado activo para obrar.

5. Fuentes legales en Argentina respecto de legitimación en procesos colectivos.

Entre los ordenamientos jurídicos nacionales que regulan sobre esta materia, encontramos que la reforma de la Constitución de Córdoba en 1987 reconoce los derechos difusos o comunes y le otorga legitimación para obrar a cualquier sujeto.

También la Constitución Nacional, con la reforma de 1994, incorpora la protección de los intereses difusos. Además la Carta Magna reconoce legitimación a organizaciones de usuarios y consumidores respecto de los derechos de los consumidores.

También la ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor permite accionar judicialmente a asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, además de legitimar a los propios usuarios y consumidores y al ministerio público.

Encontramos también la Ley General del Ambiente que confiere legitimación al afectado, al defensor del pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, y al estado nacional, provincial y municipal.

Vemos entonces que existen determinadas leyes que otorgan legitimación, sin embargo considero que esto no es suficiente y que es necesario que se sancionen leyes amplias, claras y concretas respecto de la legitimación para obrar en materia de procesos colectivos.

6. Distintos modelos de legitimación en los procesos colectivos.

Al estudiar los distintos modelos de legitimación para obrar en los procesos colectivos, podemos mencionar cuatro modelos que son los que se observan en los ordenamientos jurídicos de los países que gozan de una adecuada regulación en materia de procesos colectivos. Estos son: el modelo individual, el modelo orgánico privado, el modelo orgánico público y el modelo social

a. El modelo individual

A través de este modelo el ordenamiento jurídico reconoce a cualquier sujeto legitimidad para accionar en nombre propio respecto de un derecho que recae sobre un bien supraindividual que, como dice Chaumet “no es ni un interés estrictamente individual, único y exclusivo, ni un interés general o público”⁴⁰.

Este modelo individual cuenta con determinadas características, entre estas encontramos que: debe existir la necesidad de que un interés metaindividual obtenga protección jurisdiccional, que el derecho afectado recaiga sobre una colectividad o comunidad no organizada, es decir sin personalidad jurídica como grupo, que la sentencia alcance a todos los miembros del grupo afectado⁴¹.

Además la doctrina esta de acuerdo en considerar que en el modelo individual el sujeto goza de legitimación ordinaria, dado que este pretende obtener la tutela de un

derecho que le es propio, pero ni de forma individual ni excluyente, sino que compartida con lo miembros del grupo afectado.

b. El modelo orgánico privado

Siguiendo a Meroi, las características propias de este modelo son las siguientes: en primer lugar se le otorga legitimación a grupos sociales de carácter privados, aunque estos pretenden ejercitar en el fuero judicial derechos que no le son propios.

Además dice esta autora que los ordenamientos jurídicos que regulan este modelo encuentran diferencias respecto de las exigencias de organización que se les impone a estos sujetos privados colectivos.

c. El modelo orgánico público

El modelo orgánico público se basa en el reconocimiento de legitimación activa para accionar respecto de los derechos supraindividuales a órganos del estado.

La doctrina asegura que esto no es conveniente, que es la propia sociedad la que debe controlar y velar por la protección y tutela de los derechos supraindividuales que a ellos le pertenecen como tal, dado que en la mayoría de ocasiones, el demandado resulta ser el propio estado. Sin embargo, la doctrina asegura que en los países Latinoamericanos este modelo resulta útil, dado que la población de estos estados todavía no es conciente de estos procesos, y es por ello que este modelo serviría mientras la población incorpora la cultura de protección de los derechos supraindividuales.

d. El modelo social: las class actions

Este modelo social nace en los estados unidos de América. Las características propias del mismo son: que se le otorga legitimación a una clase, grupo de personas, careciendo estas de personalidad jurídica, además el juez de la causa esta dotado de amplias facultades discrecionales, también es un rasgo característico propio de estas acciones la auto-designación de los representantes de la clase, etc.

Este modelo se diferencia del modelo individual en que a través del modelo individual se pretende tutelar derechos supraindividuales, mientras que el modelo social apunta a la protección de derechos individuales homogéneos.

7. La representación adecuada en los procesos colectivos.

La exigencia de la representación adecuada surge en Estados Unidos a través del modelo de las *class actions*. En este sistema la representación adecuada es un requisito de admisibilidad de la acción colectiva. A través de este requisito se pretende que el representante de la comunidad afectada tenga la capacidad e idoneidad para la defensa adecuada de los intereses de la comunidad. Se pretende que el representante proceda de la manera adecuada para la correcta tutela de la clase. Dice la doctrina que cuando se utiliza la palabra representación en los procesos colectivos, no debe entenderse esta palabra en el sentido técnico del derecho procesal civil tradicional, sino que “se trata de los legitimados por el derecho positivo de un país para entablar un pleito colectivo en beneficio del grupo titular del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo”⁴².

Se discute en doctrina a cargo de quien esta determinar si la representación es adecuada, si esta a cargo del legislador o del juez que entiende en la causa.

Una vez que el representante se auto-designa, este debe dar a conocer esta auto-designación a los miembros del grupo afectado, para que estos consientan al representante, ya sea implícita o explícitamente, o se excluyan de ser parte de la acción colectiva, pudiendo reclamar luego de forma individual.

8. Cierre.

Hemos visto entonces que es la legitimación, los distintos tipos y las discusiones doctrinarias acerca de cual es la naturaleza de la legitimación en los procesos colectivos. En mi opinión, en lo relativo a la naturaleza jurídica de la legitimación para obrar en los procesos colectivos considero que esta es de carácter ordinario, ya que los que entablan la acción lo hacen en virtud a un derecho que le es propio pero no exclusivo ni excluyente.

También hemos visto los distintos modelos de legitimación y la distinción con la representación adecuada, los cuales serán ampliados y desarrollados en el capítulo cuarto, que tratara sobre el derecho comparado en materia de procesos colectivos.

Todo lo desarrollado en materia de legitimación nos demuestra que es de suma importancia que al regular sobre procesos colectivos se tenga en cuenta, como cuestión principal, el tema de legitimación, dado que esta es la llave de acceso a la jurisdicción, lo que permite obtener una adecuada tutela del derecho supraindividual.

9. Medidas cautelares en los procesos colectivos.

En materia de derechos supraindividuales se entenderá como “adecuado y efectivo” un proceso en donde se garantice la celeridad del mismo. Sin embargo aun cuando se trate de un trámite rápido, en algunas ocasiones no es suficiente para garantizar la efectividad del proceso. Es por ello que resulta necesario que se otorguen

durante el transcurso del proceso medidas que adelanten la tutela requerida, es decir que se ordenen medidas cautelares tendientes a evitar que se lesionen o se sigan lesionando los derechos de los sujetos afectados y de esta manera poder discutir las cuestiones de fondo con mayor tranquilidad.

Es por ello que resulta imprescindible que se regulen en los procesos colectivos, como bien se regulan en los procesos tradicionales, medidas cautelares anticipatorias de tutela.

La tutela anticipada puede definirse como la obtención de lo que se pretende en el proceso, otorgada por el juez antes de que este dicte la sentencia que ponga fin al litigio.

En los procesos colectivos la operatividad y la finalidad de las medidas cautelares serán diferentes según cual sea la pretensión. Así si lo que se busca es mantener la plena vigencia de un derecho difuso, colectivo o individual homogéneo, se adoptaran medidas cautelares materiales. Estas son aquellas que adelantan total o parcialmente lo pretendido. Esto se da por ser la pretensión de carácter extrapatrimonial y urgente.

Por otro lado, cuando lo que se pretende a través del proceso colectivo es una reparación patrimonial de los daños causados por el actuar ilegítimo del demandado, procederán aquí las medidas cautelares tendientes a mantener incólume el patrimonio del demandado.

Es decir que mientras que en el primer supuesto procederían las medidas cautelares materiales, en donde se concede en todo o en parte la pretensión, en cambio en el segundo supuesto, al ser la pretensión puramente patrimonial, solo procederán las medidas cautelares conservatorias del patrimonio del demandado.

9.1. Requisitos para la procedencia de las medidas cautelares.

Los requisitos exigidos son: A) Verosimilitud en el derecho: Aquí es la parte la que debe demostrar al juez que el derecho es verosímil. Esto se demuestra a través de la presentación de prueba consistente.

Este es un requisito de procedencia para las medidas cautelares en los procesos tradicionales, la diferencia estaría dada en que el juez podría evaluar la demostración de la verosimilitud del derecho de manera mas flexible por estar en juego un derecho supraindividual.

B) Peligro en la demora: Cuando lo que se pretende obtener es una medida cautelar material, el que la solicite debe demostrar que si no se otorga esta tutela anticipada, los sujetos integrantes del grupo afectado sufrirán un perjuicio durante el transcurso de todo el proceso.

En cambio si lo que se pretende obtener es una medida cautelar conservatoria, solo debe demostrarse la posibilidad de que el demandado se insolvente, y no pueda hacer frente a la demanda en caso de que esta lo condene a pagar la indemnización que se reclama.

C) Contra cautela: En este caso también debe diferenciarse según cual sea la pretensión principal.

Si se trata de una acción colectiva tendiente a evitar la lesión de un derecho colectivo o difuso, o a suspender un acto que lesiona un derecho colectivo o difuso, en este caso la regla seria que no se exija contra cautela. Basta en este caso con que se demuestre la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora para que la medida cautelar se concedida.

En cambio, cuando la protección sea estrictamente patrimonial, la regla sería que el interesado en obtener la medida cautelar preste caución suficiente para hacer frente a los posibles perjuicios que podría ocasionar si la sentencia le sale en su contra.

En cuanto a la audiencia previa con el afectado, esta no sería exigible en los procesos colectivos donde prima la rapidez. Sin embargo quedara a discreción del juez de la causa evaluar la necesidad, conveniencia o posibilidad de conceder al demandado la audiencia previa antes de conceder y ordenar una medida cautelar de carácter material. Pero resulta claro que esta audiencia no tendría lugar cuando se trate de una medida cautelar patrimonial, porque en este caso el solicitante debe prestar contra cautela para responder respecto de los perjuicios que pueda llegar a ocasionar.

Otro requisito exigible para la procedencia de las medidas cautelares en los procesos colectivos es la “motivación” del juez. Este al momento de conceder la medida cautelar debe expresar las razones que lo llevaron a convencerse. Esto es con la finalidad de garantizar el derecho de defensa del demandado.

9.2. Recurribilidad.

La resolución judicial que decide las medidas cautelares tienen el carácter de providencias simples, es decir que estas son dictadas sin la participación de la parte contra la cual se ordenan (sin perjuicio de la audiencia previa si el juez lo considerare conveniente).

Es por ello que contra estas providencias procede el recurso de revocatoria y el recurso de apelación. La doctrina coincide en que la apelación en estos casos debe concederse con efecto devolutivo, dejando de lado la regla que es que se conceda con efecto suspensivo. Esto es porque lo que está en juego es un interés superior.

9.3. Irreversibilidad.

La irreversibilidad tiene lugar cuando la medida cautelar material provoca cambios en las circunstancias facticas de manera que no pueda volverse a su estado original.

En este caso quedara a criterio del juez de la causa, que luego de realizar un balance entre el interés del actor y el del demandado, deberá decidir si se concede o no la medida cautelar.⁴³

10. Cosa juzgada y litispendencia en los procesos colectivos.

10.1. Introducción.

Es un problema del derecho procesal contemporáneo determinar cual es el alcance de las sentencias y por ende los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos.

El principio de la “congruencia subjetiva”, es decir que los efectos de la sentencia y el alcance de la cosa juzgada no puede extenderse mas allá de los sujetos partes del proceso, resulta de aplicación contradictoria en los procesos colectivos, dado que si se hace aplicación de este principio se dejaría de lado la finalidad y la esencia de este tipo de procesos.

Existen diversas razones que justifican la extensión *erga omnes* de la cosa juzgada en los procesos colectivos, entre estas encontramos que los extensión ultra partes de los efectos colaboraría con el principio de economía procesal, además ayudaría a evitar decisiones contradictorias de distintos tribunales, etc. Dotando de efecto extensivo la cosa juzga de las sentencias dictadas en los procesos colectivos “se

evitaría un derroche de la actividad jurisdiccional impidiendo la emisión de pronunciamientos contradictorios, igualdad de tratamientos de todos los sujetos titulares de la situación sustancial perjudicial objeto del pronunciamiento jurisdiccional”⁴⁴.

La doctrina concuerda que bien una sentencia podría beneficiar de manera individual a sujetos que no fueron parte del proceso, pero que no sería justo que estos se vean perjudicados en su esfera individual por una sentencia dictada en un proceso colectivo del cual no formaron parte, dado que de esta manera se estarían vulnerando los derechos de defensa en juicio, debido proceso, juicio previo, etc. derechos estos consagrados por la Carta Magna en los Art. 17 y Art. 18.

Para poder encontrar una solución adecuada a este problema, primero es necesario conocer las diferencias entre la cosa juzgada en los procesos tradicionales y entre los procesos colectivos.

10.2. Cosa juzgada en los procesos colectivos. Particularidades. Diferencias con los procedimientos tradicionales.

Para desarrollar con mayor claridad la figura de la cosa juzgada en los procesos colectivos, primero es necesario diferenciar las particularidades de la cosa juzgada en los procesos colectivos de las características generales de la cosa juzgada en los procesos tradicionales.

Es fundamental en las acciones colectivas determinar de forma clara y precisa cuales serán los sujetos que serán alcanzados por la inmutabilidad de la sentencia, es decir por la cosa juzgada. Es importante determinar de ante mano a quienes afectara la sentencia, ya sea que los beneficie o que los perjudique. Esto a diferencia de los procesos tradicionales donde la sentencia solo produce efectos entre las partes, y solo para ellos tiene el carácter de cosa juzgada.

La propuesta de la doctrina es que respecto de los derechos supraindividuales, en donde existe una unidad entre los miembros del grupo, lo lógico sería que la sentencia alcance a todos los miembros del grupo afectado, dado que la titularidad del derecho recae sobre los miembros de ese grupo, considerado este como un todo. Aquí no existe un litisconsorcio necesario, sino que la unidad surge del carácter indivisible del derecho⁴⁵.

Sin embargo para adecuar la figura de la cosa juzgada en los procesos colectivos es necesario tener en cuenta dos cuestiones respecto a “las consecuencias prácticas de la posibilidad de extender o no la cosa juzgada en las acciones colectivas a terceros ajenos a la relación jurídico-procesal establecida entre las partes”⁴⁶.

Estas dos cuestiones a analizar son: por un lado si la acción colectiva pudiera impedir que cualquier otra acción individual sea entablada, dado que esto podría resultar un “sacrificio en masa de los derechos individuales de terceros”⁴⁷, y esto podría traer como consecuencia la existencia de fraude en los procesos colectivos.

Pero por otro lado, si la inmutabilidad de la sentencia en los procesos colectivos no se extendiera a los terceros, estas acciones perderían todo sentido, dado que igual se iniciarían cantidades de demandas respecto de una misma cuestión, trayendo como consecuencia decisiones contradictorias, acumulación de causas en el fuero judicial, etc.

Es por ello que la doctrina ha elaborado distintas posibles soluciones a este problema. Una de las soluciones esgrimidas consiste en atribuirle a la cosa juzgada en los procesos colectivos las mismas características que la cosa juzgada en los procesos tradicionales. Esto sería que en caso de que la sentencia sea beneficiosa al grupo, todos los miembros de ese se beneficiarían, mientras que si la sentencia es desfavorable al

grupo, todos los miembros del grupo se verían perjudicados en su esfera individual por la sentencia.

Esta teoría fue dejada de lado rápidamente por considerarse que se perjudica jurídicamente a los terceros que daría lugar al fraude en los procesos.

La solución adoptada en los estados unidos para aplicar a la figura de las *class actions* fue que la cosa juzgada se extienda sobre aquellos sujetos que han sido adecuadamente representados en el proceso. Pero como bien dice Antonio Gidi, se trata en este supuesto de una cosa juzgada inter partes, “porque si están siendo representados en juicio, no son, propiamente, terceros en el proceso”⁴⁸.

Parte de la doctrina considera que en los procesos colectivos se da una nueva forma de representación y que si bien existen sujetos que no son parte activa en el proceso, estos igual están siendo representados.

Otra postura sostenida por parte de la doctrina, fue que la sentencia en los procesos colectivos tenga efecto *erga omnes* pero que no exista inmutabilidad de la misma. Es decir que se trata de una cosa juzgada formal y no material. Pero esta teoría es criticada, dado que de esta forma la sentencia no adquiere fuerza y nunca sería acatada.

Una cuarta postura dice que si la sentencia resulta favorable a la colectividad, entonces esta se extiende a los terceros que son parte de la misma, pero en cambio si es desfavorable, esta solo tendrá efectos *inter partes*. Es decir que en los casos de improcedencia de la acción, lo cosa juzgada solo impide la posibilidad de volver a plantear la acción colectiva y afecta solo el derecho supraindividual de los interesados, pudiendo los miembros de la colectividad interponer la acción individual respecto del derecho material individual.

Esta última solución parece ser la más conveniente. No cabe duda que la cosa juzgada en los procesos colectivos siempre se formara, ya sea que la sentencia sea favorable o desfavorable al grupo o colectividad afectada, siendo que lo que puede variar es la extensión de la misma según el “evento de la controversia”. Siguiendo esta última solución, la doctrina considera que son tres las hipótesis a distinguir respecto de la extensión de la cosa juzgada en los procesos colectivos: la primera de las hipótesis es el caso en que se declara improcedente la acción una vez que la prueba fue considerada como suficiente. En este caso los efectos de la cosa juzgada son *erga omnes*, es decir alcanza a todos los miembros de la comunidad o grupo, ya sea que se trate de un derecho difuso, colectivo o individual homogéneo, pudiendo las partes accionar a través de un proceso individual respecto de sus derechos individuales.

La sentencia afecta a todos los sujetos parte de la clase, impidiendo que estos puedan entablar nuevamente una acción colectiva respecto de la misma cuestión, pero no impide que estos accionen por sus derechos individuales ya que la cosa juzga es *erga omnes* respecto del derecho indivisible, sin afectar la esfera individual de los miembros de la clase.

Cabe aclarar que cuando se utiliza el término “*erga omnes*” no se refiere literalmente “contra todos”, sino que solo afecta a aquellos sujetos miembros del grupo lesionado.

La segunda hipótesis a considerar es el caso de que se declare la improcedencia de la acción por falta de prueba suficiente. Aquí no se forma la cosa juzgada material, pudiendo los interesados volver a accionar respecto de los derechos supraindividuales e individuales homogéneos.

La tercera hipótesis tiene lugar cuando se declare la procedencia de la acción. En este supuesto la cosa juzgada tiene efecto *erga omnes*, alcanzando tanto la esfera colectiva como la individual de los miembros de la clase, a diferencia del primer supuesto en donde solo se afecta la esfera colectiva de los sujetos y no la individual.

Es entonces esta última hipótesis el único caso en que la cosa juzgada afecta la esfera individual de aquellos terceros que no fueron parte activa del proceso. Esto siempre que los titulares de derechos individuales homogéneos no hayan manifestado su intención de no ser alcanzados por la sentencia.

11. La litispendencia en los procesos colectivos.

11.1. Litispendencia entre acciones colectivas y acciones individuales.

La litispendencia tiene lugar cuando dos acciones idénticas están en curso de manera contemporánea. Las acciones son idénticas cuando lo son los elementos que la componen, estos son “las partes, la causa de pedir y lo solicitado”⁴⁹.

Pero al hacer la comparación entre acciones colectivas y acciones individuales se puede apreciar que los elementos no son iguales.

En primer lugar el sujeto en los procesos tradicionales es un individuo afectado o persona lesionada, mientras que el sujeto en los procesos colectivos es un grupo o colectividad titular del derecho afectado.

En segundo lugar, respecto a la causa de pedir en los procesos colectivos, es la pretensión de todo el grupo, mientras que en la acción individual esta es la pretensión del sujeto afectado.

Por ultimo, lo solicitado también es distinto. Mientras que en los procesos colectivos lo que se pretende es la tutela de un derecho supraindividual, en las acciones individuales se persigue la tutela de un derecho individual y excluyente.

Estas diferencias nos demuestran que no es posible que exista litispendencia entre una acción colectiva y una acción individual.

Sin embargo la doctrina considera apropiado que al momento de regular los procesos colectivos se sienta el principio de libertad absoluta en cuanto a la posibilidad de que el interesado pueda entablar una acción individual si así lo desearé, aun cuando exista un proceso colectivo de manera simultanea.

Además considera la doctrina que seria conveniente regular la posibilidad de que el sujeto que esta llevando adelante un proceso individual pueda suspenderlo y beneficiarse con la sentencia del proceso colectivo.

11.2. Litispendencia entre dos acciones colectivas.

La doctrina considera que podría decirse que no existe litispendencia en los procesos colectivos cuando la acción hubiera sido incoada por distintos legitimados, porque si bien la causa de la acción y la solicitada es la misma, las partes actoras no lo son, y es por lo tanto no son idénticas las acciones.

Sin embargo, Gidi entiendo que esta interpretación es errónea dado que “se entiende parte al titular del derecho material en el juicio”⁵⁰, por lo tanto si el grupo es el mismo, existe litispendencia aun cuando la acciones hayan propuesto distintos legitimados.

Aclarada esta cuestión, hay que determinar como se soluciona el supuesto en que exista litispendencia entre dos procesos colectivos.

La doctrina considera en caso de existir litispendencia en los procesos colectivos, solo puede prosperar una acción. Lo mas correcto para determinar cual es la que sigue es dar por extinto el proceso iniciado con posterioridad, y continuar con el primer proceso entablado, pudiendo la entidad autora del segundo proceso intervenir en la causa como asistente litisconsorcial.

12. Cierre.

Hemos visto a lo largo de este punto la extensión de la cosa juzgada en los procesos colectivos y la litispendencia en estos procesos.

En cuanto a la cosa juzgada considero que la solución adecuada es la que hace extensiva la inmutabilidad de la sentencia, por considerar que es un objetivo propio de estos procesos que la decisión alcance a todos los sujetos afectados, sin que estos se vean perjudicados en su esfera individual.

En lo que respecta a la litispendencia en lo procesos colectivos no es mucho lo que se puede discutir. A quedado en claro que no es posible que se de litispendencia entre un proceso individual y uno colectivo. Y en el caso de que exista litispendencia ente dos procesos colectivos, la solución adecuada es que prospere la acción que primero haya sido entablada, reconociéndole participación al ente que entablo la segunda acción.

13. Conclusión del segundo capítulo.

A lo largo de este capítulo he desarrollado la legitimación en los procesos colectivos, las medidas cautelares en estos procesos y el alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos.

Luego de analizar los temas arriba mencionados se han probados los puntos de hipótesis que se plantearon en la introducción a este capítulo.

En lo relativo a la legitimación se ha probado que a través de la regulación de procesos colectivos, en donde se le reconozca de manera expresa la legitimación a determinados sujetos, se permite que personas afectadas puedan acceder a la justicia, dado que sin esta regulación se les impediría por carecer de legitimación.

En lo relativo a la expansión subjetiva de la cosa juzgada, queda demostrado que a través de esta se evita que se inicien innumerables procesos idénticos, colaborando con el principio de economía procesal y evitando de esta manera decisiones contradictorias por parte del órgano jurisdiccional que puedan afectar la seguridad jurídica.

Así también como consecuencia de la extensión subjetiva de la cosa juzgada en los procesos colectivos se le facilita el acceso a la justicia a determinados sujetos que por desconocimiento o por falta de recursos se hubieran visto privados del acceso a la jurisdicción.

En el capítulo siguiente desarrollaré la situación de los derechos supraindividuales e individuales homogéneos en la república, tanto desde el punto de vista legislativo, como doctrinario y jurisprudencial.

Capítulo III

LA SITUACION DE LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL.

SUMARIO: 1. Los derecho supraindividuales e individuales homogéneos en el derecho Argentino; 1.1. Introducción; 2. Los derechos suprandividuales en Argentina antes de la reforma constitucional de 1994. 2.1. La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la reforma constitucional de 1994 en materia de derechos difusos y colectivos. 2.2. Los derechos supraindividuales en Argentina luego de la reforma constitucional de 1994. 2.3. Doctrina y jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 1994. 2.4. Los derechos individuales homogéneos en el derecho Argentino. 3. Amparo colectivo. 3.1. Proyecto de ley de acción de amparo. 3.2. Análisis del proyecto.3.2.1. Procedimiento fijado por el proyecto de ley de acción de amparo. 3.2.2. Legitimados para entablar la acción de amparo colectivo según el proyecto. 3.2.3. Litispendencia entre acciones colectivas y acciones individuales. 3.2.4. Litispendencia entre acciones colectivas. 4. Conclusión.

1. Los derecho supraindividuales e individuales homogéneos en el derecho Argentino.

1.1. Introducción.

En los capítulos anteriores hemos podido observar los caracteres de los procesos colectivos, su objeto de protección, los legitimados para entablar un proceso de estas características y el alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos.

En este tercer capítulo pretendo desarrollar el avance del reconocimiento de los derechos supraindividuales e individuales homogéneos a nivel nacional y provincial, analizado desde un punto de vista normativo, como también doctrinario y jurisprudencial.

Para ello analizaré la situación de los derecho supraindividuales e individuales homogéneos antes de la reforma constitucional de 1994, reforma a través de la cual se incorpora en la Constitución el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva. Para lograr este objetivo se analizará las normas Nacionales, las Constituciones Provinciales y las Leyes Provinciales que regulaban los derechos supraindividuales antes de la reforma constitucional, como así también desarrollare cual era la postura doctrinaria y jurisprudencial respecto de la materia.

Una vez analizada la situación de los derechos supraindividuales antes de 1994, procederé al análisis del texto Constitucional, de las normas Nacionales y Provinciales posteriores a la reforma, como así también la postura de la doctrina y de la jurisprudencia.

También a lo largo de este capítulo describiré los aspectos más relevantes del proyecto de ley de acción de amparo, el cual obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación en el mes de Mayo del año 2006, y en la cual se regulaba el amparo colectivo.

En este capítulo pretendo demostrar que la legislación vigente en la república respecto de los procesos colectivos es insuficiente y que de esta manera se le niega a sujetos afectados en un derecho supraindividual el adecuado acceso a la justicia.

Para arribar a esta conclusión analizaré el ordenamiento jurídico existente en la materia antes de la reforma constitucional y con posterioridad a esta, la postura de la doctrina y de la jurisprudencia, como así también el proyecto de ley de acción de amparo.

2. Los derechos supraindividuales en Argentina antes de la reforma constitucional de 1994.

A continuación realizare un recorrido sobre la legislación existente en materia de derechos supraindividuales en la república antes de la reforma constitucional de 1994. En primer lugar analizare las leyes Nacionales, luego las Constituciones Provinciales y por ultimo las leyes Provinciales que regularon la materia antes de que sea la propia Constitución Nacional la encargada de reconocer los derechos de incidencia colectiva.

En el ámbito legislativo nacional podemos encontrar dos leyes trascendentes que ya regulaban la temática de los derechos colectivos desde el derecho de fondo.

La primera ley sancionada a nivel nacional que trato la materia en cuestión fue la ley 24.240, Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario⁵¹. El artículo 52 de la ley en cuestión legitima para accionar, a fin de garantizar los derechos en ella consagrados, tanto al consumidor o usuario afectado, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la Autoridad de Aplicación Nacional o Local (en la provincia es la dirección general de comercio interior), y al Ministerio Público. Además aclara el artículo que cuando el ministerio no actué como parte del proceso deberá actuar como fiscal de la ley.

También el artículo dispone que las asociaciones estén habilitadas como litisconsortes de cualquiera de las partes, y que en caso de desistimiento o abandono de la acción por parte de estas, la titularidad de la acción deba ser asumida por el ministerio público.

Además el artículo 55 establece que las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores.

Podemos ver que esta norma reconocía la existencia de derechos que no se limitaban a un sujeto individual, sino que afectaban a un grupo de sujetos, reconociendo legitimidad a determinados actores a fin de obtener una adecuada protección de los derechos afectados.

La otra norma que regule la materia a nivel nacional antes de 1994 fue la ley de Defensoría del Pueblo, ley 24.284⁵². Esta regla las facultades y atribuciones del Defensor del Pueblo de la Nación. Entre estas facultades establece en su artículo 14 que ‘El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos’. Esta ley reconoce expresamente la existencia de derechos difusos o colectivos y faculta al defensor del pueblo a velar por su defensa.

En el ámbito provincial en primer término hay que hablar de las constituciones que han reconocido los derechos supraindividuales antes de la reforma constitucional. Fueron 5 las provincias que regulaban en sus constituciones esta temática antes de 1994.

La constitución de la provincia de San Juan⁵³ en su artículo 40 dispone que procede el amparo en defensa de los derechos colectivos. También regula que el defensor del pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos difusos y colectivos.

Por su parte la constitución de San Luí⁵⁴ en su artículo 45 regula la acción de amparo, la cual procede, entre otras cosas, para la defensa y protección de los derechos colectivos y difusos. En su artículo 235 establece que la defensoría del pueblo tiene a su cargo la defensa de los intereses difusos y de los derechos colectivos.

La constitución de la provincia de Córdoba⁵⁵ ya establecía que toda persona gozaba de legitimación para obtener de las autoridades la protección de intereses difusos reconocidos por la constitución. El artículo 124 de dicha constitución establece que la legislatura tiene a su cargo la designación del defensor del pueblo, el que entre sus funciones tiene la de velar por la defensa de los derechos colectivos difusos.

A demás la misma carta magna la que confiere legitimación al ministerio público para accionar en defensa del interés público.

También la constitución de la provincia de Formosa⁵⁶ ya regulaba en su artículo 150 “que habrá un defensor del pueblo, a quien le corresponde la defensa de los derechos colectivos o difusos, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración pública provincial”.

Por último la constitución de la provincia de tierra del fuego, antártida e islas del atlántico sur⁵⁷ en su artículo 49 le garantiza a toda persona la posibilidad de obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos.

En el ámbito legislativo provincial fueron varias las leyes que regularon la materia antes de la constitucionalización de los derechos de incidencia colectiva. A continuación desarrollare algunas de estas.⁵⁸

En la provincia de Santa Fe data desde 1986 la ley 10.000⁵⁹, Recurso Contencioso Administrativo Sumario. El artículo primero de la ley referida dispone “Procederá el recurso contencioso-administrativo sumario contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que, violando disposiciones del orden administrativo local, lesionaren intereses simples o difusos de los habitantes de la Provincia en la tutela de la salud pública, en la conservación de la fauna, de la flora y del paisaje, en la protección del medio ambiente, en la preservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, en la correcta comercialización de mercaderías a la población y, en general, en la defensa de valores similares de la comunidad”. El artículo 5 regula los legitimados para promover el recurso, el mismo dispone “El recurso se interpondrá por la persona física o jurídica interesada, por sí o por apoderado, incluyendo las asociaciones específicamente constituidas con la finalidad de defensa de interés respectivo”.

En la provincia de Chaco en el año 1993 se sancionó la ley 3911⁶⁰ de Protección de Intereses Difusos y Colectivos. El artículo 1 de la misma establece “Declarase la protección de los intereses difusos y colectivos entendiéndose por tales los relacionados con la preservación y mantenimiento, memoria defensa y recuperación del medio ambiente y los recursos naturales, aerolitos, meteoritos, y todo cuerpo celeste ingresado al suelo chaqueño, el equilibrio ecológico, el resguardo de valores artísticos, arquitectónicos, urbanísticos, históricos, arqueológicos, y paisajísticos, los derechos del consumidor y del usuario como receptor de servicios públicos, y todo otro que afecte a una digna calidad de vida”. En lo relativo a la legitimación el artículo 4 de la ley dispone que podrán accionar judicialmente cualquier persona física o jurídica, las asociaciones y el ministerio público.

La provincia de Formosa entre sus instrumentos normativos cuenta con la ley 1047 del año 1993 de Defensa de los Intereses Difusos o Derechos Colectivos. En su artículo 1 la ley regula el objeto de protección de la ley, reconociendo de manera expresa los intereses difusos. En su artículo 2 dispone que la acción de Defensa de los Intereses Difusos y/o Derechos Colectivos procederá contra el Superior Tribunal de Justicia. Por su parte el artículo 6 del mismo instrumento normativo establece que la acción podrá ser entablada por cualquier persona física o jurídica afectada y por el defensor del pueblo, de oficio o a pedido de parte interesada y en defensa de los afectados.

2.1. La Doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la reforma constitucional de 1994 en materia de derechos difusos y colectivos.

En lo relativo a la postura doctrinaria respecto de los derechos supraindividuales, la doctrina se encontraba dividida en dos en lo que respecta a ensanchar la legitimación respecto de los derechos supraindividuales.

Por un lado se encontraban aquellos que negaban la posibilidad de que sujetos sobre los cuales no recae un derecho subjetivo puedan solicitar la protección jurisdiccional de ese derecho que no le es propio ni excluyente.

Mientras que otra parte de la doctrina comenzaba a admitir la posibilidad de que un sujeto posea legitimidad no solo respecto de un derecho subjetivo sino también de los intereses legítimos, dando lugar al reconocimiento de los derechos difusos.

En lo relativo a la postura anterior a 1994 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta mantenía una postura negativa⁶¹ respecto de la legitimación de los que “no revestían un interés directo y excluyente”⁶². Parte de la doctrina creyó que la postura de la corte se modificaría luego del caso Ekmekjian c/ Sofovich, donde la

Corte dijo que el derecho a replica solicitado por parte de Ekmekjian se convierte en colectivo, pues alcanza a todos aquellos que se hayan sentidos afectados. Sin embargo la Corte ratifico su postura conservadora nuevamente en el fallo “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo”⁶³.

2.2. Los derechos supraindividuales en Argentina luego de la reforma constitucional de 1994.

La reforma constitucional de 1994 incorporo de manera explicita los derechos de incidencia colectiva en nuestra carta magna.

Así el artículo 41 de la constitución nacional regulo todo lo relativo al derecho al ambiente. El artículo 42 regula los derechos de los usuarios y consumidores y el artículo 43 párrafo segundo regula el amparo colectivo. Este dispone que “Podrán interponer esta acción (amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Podemos ver entonces que a partir de la reforma constitucional se incorpora una nueva gama de derechos conocidos como de tercera generación tendientes a la protección de determinados grupos.

Luego de la reforma constitucional se sancionaron diversas normativas tanto a nivel nacional como a nivel provincial respecto de los derechos difusos y colectivos. A continuación analizare algunos de estos instrumentos normativos.

A nivel nacional encontramos la ley 24.515⁶⁴ de creación del Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Dicha

norma permite que el INADI pueda interponer la acción de amparo en defensa de los sujetos protegidos por el Instituto.

Otra ley sancionada a nivel nacional que regula la manera en cuestión es la ley 25.675⁶⁵ conocida como Ley General del Ambiente. El artículo 30 de la norma dispone que “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

En el ámbito constitucional provincial, luego de la reforma Constitucional de 1994 podemos observar que distintas provincias incorporaron a su carta magna el reconocimiento y defensa de los derechos supraindividuales. Así podemos mencionar la constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶⁶ en sus art. 14 y art. 137, la constitución de la Provincia de Buenos Aires⁶⁷ en sus art. 20 Inc.2 y art. 55, la constitución Cordobesa⁶⁸ en sus art. 53 y art.124, la constitución de la Provincia de Chaco⁶⁹ en su art. 12, la constitución de la provincia de Chubut⁷⁰ en su art.57, la constitución de la Provincia de Neuquén⁷¹ en sus art.54, art.55 y art. 59, la constitución de la provincia de la Pampa⁷² en su Art. 20 y la constitución de la Provincia de Salta⁷³ en su art. 91.

En lo relativo a leyes provinciales posteriores a la reforma constitucional de 1994 que regulen la materia, han sido muchas las leyes sancionadas en las distintas provincias⁷⁴. Es claro entonces que la constitucionalización de los derechos supraindividuales fue un punto de partida para que los ordenamientos jurídicos provinciales brinden una adecuada tutela a esta gama de derechos.

Esto da lugar a que el problema objeto de este trabajo se remarque. Es que, como vimos, el derecho de fondo no niega el reconocimiento de los derechos colectivos y difusos, por el contrario los tutela y reconoce legitimación a distintos sujetos con el fin de que estos obtengan una adecuada tutela. Pero este reconocimiento todavía es débil, y no va a resultar efectivo mientras no exista un proceso especial, adaptado a las exigencias de los derechos supraindividuales.

Lo que resulta necesario entonces es que se sancione un proceso colectivo a fin de que esta nueva gama de derechos reconocidos por el derecho de fondo obtengan una adecuada protección jurisdiccional.

2.3. Doctrina y jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 1994.

La mayoría de la doctrina considera que a partir de la constitucionalización de los derechos supraindividuales estos se convirtieron en una categoría dentro de los derechos subjetivos, y por lo tanto merecedores de tutela jurisdiccional. Dice Gordillo “admitir tal tipo de derechos sustantivos importa, por un mínimo de congruencia interpretativa, reconocer también legitimación judicial para su defensa y ejercicio. No puede sostenerse racionalmente que exista derecho pero no exista acción”⁷⁵.

La doctrina afirma que los constituyentes no pretendieron regular en el artículo 43 una acción popular, es decir que sea cualquier sujeto por el simple hecho

de ser ciudadano pueda entablar la acción de amparo en defensa de la legalidad, sino que el artículo 43 de nuestra carta magna solo legitima al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones a promover la acción. Misma postura adopto la C.S.J.N.⁷⁶.

En cuanto a que se entiende por afectado, existen tres teorías. La primera considera afectado a aquel sujeto al que se le restringido, lesionado o amenazado un derecho subjetivo del que es titular (posición restringida). La segunda postura considera afectado al sujeto sobre el cual recae un derecho subjetivo, interés legítimo o difuso (postura intermedia). Mientras que una tercera posición considera afectado a cualquier sujeto que “actúa en el solo interés de la defensa de la legalidad”⁷⁷.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación adopto la postura intermedia.

En materia de legitimación, la constitución le reconoce legitimación a 3 sujetos. El afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones.

En lo relativo al afectado la legitimación surge del propio artículo 43, y ya hemos visto la postura de la corte respecto a quien considera afectado.

En cuanto a la legitimación del defensor del pueblo esta surge del Art.43 y del Art.86 de la carta magna. Esta legitimación es resistida por parte de la doctrina, dado que no ven la posibilidad de reconocer legitimidad al defensor del pueblo para actuar cuando se trata de un derecho que afecta de manera individual a sujetos determinados. Pero cabe aclarar que la legitimación del defensor del pueblo nace de la propia constitución y que además es necesario reconocer en un sistema democrático que un funcionario tenga facultades para proteger a los ciudadanos. Además la participación procesal del defensor del pueblo no excluye al titular afectado⁷⁸.

La C.S.J.N. en un primer momento negó legitimación al defensor del pueblo, pero en la actualidad esta le reconoce legitimidad.

En lo relativo a la legitimación de las asociaciones, el Art. 43 párrafo 2do les reconoce legitimidad siempre que estén registradas según la ley. Sin embargo hasta el momento no se ha sancionado la ley. Pese a esto la Corte dijo que las garantías constitucionales son directamente operativas y que el juzgador debe suplir las omisiones del legislador. Como dijo la Corte en el caso Ekmekdjian aún cuando el texto constitucional requiera expresamente del dictado de una ley reglamentaria, una irrazonable demora del legislador no puede obstar a su aplicación jurisdiccional. De nada valdría el capítulo incorporando “nuevos derechos y garantías” si hubiera que esperar a la ley o quedar supeditado a ella⁷⁹.

2.4. Los derechos individuales homogéneos en el derecho Argentino.

En materia de derechos individuales homogéneos el ordenamiento jurídico nacional carece de regulación alguna que los contemple.

En materia jurisprudencial se puede afirmar que esta situación se encuentra en un estado de anarquía. Sin embargo la doctrina destaca el fallo “defensoria del pueblo de la ciudad de Bs. As. c/ Edesur S.A”.

En este caso la cámara nacional de apelaciones en lo civil y comercial hizo lugar a la demanda entablada por el defensor del pueblo en donde se reclamaba una indemnización por daños y perjuicios causado a raíz de un apagón de luz que afecto a más de 600.000 usuarios del servicio.

El fallo reconoce legitimación al defensor del pueblo de la ciudad de Bs. As. para accionar respecto de los derechos individuales de los vecinos de esa ciudad y condeno a la demandada al pago de los daños y perjuicios, debiendo presentarse aquellos que se consideren afectados a fin de constatar la verosimilitud de su derecho y fijar el monto indemnizatorio.

También en materia de corralito pudo observarse fallos en lo relativo a esta materia,

Así en “defensor del pueblo de la nación c/ poder ejecutivo” la cámara nacional de apelaciones en lo contencioso administrativo federal hizo lugar al pedido de inconstitucionalidad de normas relativas a la inmovilización, reprogramación y pasificación de ahorros.

En el fallo la cámara dispuso que el defensor del pueblo tiene como limite la demanda pecuniaria, la cual corresponde únicamente al sujeto afectado. Además la cámara fundó la legitimación del defensor del pueblo en el Art. 86 de la Constitución Nacional.

3. Amparo colectivo.

El amparo nace en nuestro derecho como una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Siri”. Antes la protección de los derechos constitucionales debía ser sustanciada por los procesos ordinarios.

En el año 1966 se dictó la ley 16.986 la cual regulo la acción de amparo. Esta solo contemplaba la acción de amparo individual.

Con la reforma de nuestra carta magna en 1994 se constitucionalizo la figura del amparo, y como bien ya sabemos, se reconoció constitucionalmente los derechos de incidencia colectiva.

El Art.43 en su primer párrafo regula la figura del amparo individual como ya la conocíamos. La novedad se ve en el segundo párrafo del artículo, en donde se reconoce los derechos de incidencia colectiva y se legitima al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones dedicadas a la defensa de los derechos en cuestión a entablar la acción de amparo. Es decir que este segundo párrafo del artículo 43 regula lo que se conoce como “amparo colectivo”.

Sabemos que el amparo es un remedio procesal excepcional que solo tendrá lugar cuando no exista otro medio judicial mas idóneo para la tutela de un derecho constitucional. Este carácter se mantiene tanto en la figura del amparo individual como en la del amparo colectivo.

La cuestión es que para obtener la protección de un derecho individual existen distintos procesos tradicionales y solo tendría lugar el amparo individual cuando no exista otro medio judicial mas idóneo, y en caso de que exista el amparo no procederá.

Ahora ¿Qué pasa con los derechos supraindividuales? En estos casos, como ya lo he remarcado a lo largo del trabajo, no existen procesos colectivos tendientes a otorgar una adecuada tutela a estos derechos supraindividuales. Esto nos lleva a pensar que, al no existir un a vía, sería siempre el amparo colectivo el remedio procesal adecuado para obtener una tutela de los derechos de incidencia colectiva.

Sin embargo no existe en nuestro ordenamiento ley alguna que reglamente el amparo colectivo reconocido en el segundo párrafo del artículo 43 de la carta magna.

Parte de la doctrina considera que la reforma constitucional de 1994 no deroga la ley 16.986, salvo aquellos requisitos de admisibilidad que el artículo 43 derogue de manera expresa. Pero como bien he dicho ya, esta ley regulaba solo el amparo individual y no así el colectivo.

Esta situación entonces confirmar mi posición sobre que los derechos supraindividuales, aunque hayan sido reconocidos por el derecho de fondo, se encuentran en una situación de desamparo por carecer de procesos especiales tendientes a garantizar su adecuada defensa y protección (sin perjuicio de poder los interesados accionar a través de los procesos tradicionales, pero estos están estructurados para desarrollar un proceso individual y no colectivos).

Aclara la doctrina que si bien el segundo párrafo del artículo 43 utiliza el termino “esta acción” no debe interpretarse de manera restrictiva, es decir que no debe

entenderse que ambos amparos, el individual y el colectivo, deben tramitar por la misma vía, porque como ya vimos los derechos colectivos merecen una tutela especial distinta a los procesos individuales.

3.1. Proyecto de ley de acción de amparo.

La Cámara de Diputados de la Nación en el mes de mayo del año 2006 dio media sanción al proyecto de ley de acción de amparo, pero este proyecto no se convirtió en ley dado que no obtuvo la aprobación por parte de la Cámara Alta.

La acción en cuestión es una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que luego fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 16.986, para finalmente adquirir el reconocimiento constitucional con la reforma de 1994.

Como lo hemos visto ya, el Art. 43 de nuestra carta magna regula las nuevas garantías procesales a fin de obtener una rápida y adecuada tutela de los derechos reconocidos en la constitución, cuando no existan otros medios más idóneos.

La norma citada tiene el carácter de norma operativa, es decir que no necesita de una ley posterior para que esta sea aplicada. Sin embargo es necesario que el congreso, órgano encargado de sancionar las normas que reglamenten el ejercicio de los derechos consagrados en la carta magna, dicte la normativa que contemple y reglamente una acción tan importante como es la del “amparo”.

La Cámara Baja pretendió a través de este proyecto saldar la deuda que tiene el congreso de la nación tanto con la sociedad como con la doctrina y la jurisprudencia de la republica en materia de acción de amparo. Pero como ya he dicho, esto no pudo lograrse por la falta de apoyo de la Cámara de Senadores de la Nación.

A continuación desarrollare los puntos principales del proyecto de Ley de Acción de Amparo y que fundamento encontraron los legisladores para regular esta materia de la manera que lo hicieron en el proyecto.

3.2. Análisis del proyecto.

El proyecto de acción de amparo no solo regula el amparo tal como ya lo conocíamos, es decir el amparo individual, sino que a su vez regula lo como que se conoce como “amparo colectivo”. Es decir que este proyecto contemplaba la figura del amparo colectivo, la cual tendiente a hacer efectivo el cumplimiento del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

En su artículo primero se limita a definir el amparo tal como lo define el primer párrafo del artículo 43 de la carta magna. Establece que cualquier persona, ya sea que se trate de una persona física o jurídica, podrá interponer acción de amparo, individual o colectivo, siempre que no exista otro medio judicial mas rápido y eficaz, contra cualquier acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley⁸⁰. En este sentido podemos ver, como ya he dicho, que el artículo primero se limita tan solo a definir el amparo como ya lo hacia la constitución nacional. La única novedad que surge de esta norma, es el reconocimiento expreso del “amparo colectivo”.

En los fundamentos que forman parte al final del proyecto de ley de acción de amparo se deja en claro que cuando se utiliza la frase “siempre que no exista otro medio judicial mas rápido y eficaz”, lo que se pretende es evacuar cualquier duda que pueda existir respecto a que puede entenderse por “medio judicial mas idóneo”, que es la expresión que utiliza la constitución nacional en su artículo 43 primer párrafo cuando define la acción de amparo.

También en los fundamentos se deja en claro que el artículo primero no hace mención al habeas data y al habeas corpus por ser institutos que cuentan con un tratamiento legislativo propio.

Del artículo 2 al artículo 25, el proyecto de ley de acción de amparo regula el procedimiento relativo al amparo individual, sin perjuicio de esto el artículo 26 del proyecto dispone que serán de aplicación al amparo colectivo las disposiciones que regulan el amparo individual.

En cuanto a la competencia el artículo segundo, relativo al amparo individual pero aplicable también al colectivo según surge de lo dispuesto por el artículo 26 del proyecto, dispone que en caso de gravedad la acción puede ser entablada ante cualquier juez, pero si no se de esta situación será competente el juez según la competencia material. Dispone la norma que “en cuanto a la competencia territorial intervendrá, a elección del accionante, el juez del lugar en que se haya producido o tenga sus consecuencias el acto u omisión o el del domicilio del demandado. En caso de razonable duda sobre el magistrado competente, el que fuera requerido conocerá de la acción y resolverá sobre la petición formulada debiendo remitir la actuación al tribunal que resulte competente”⁸¹.

En lo relativo al plazo para interponer la acción el proyecto dispone que debe ser entablada dentro de los 45 días a contar desde que el instante en que se produjeran los efectos sobre el afectado consecuencia del acto u omisión, o a partir del momento en que el afectado haya tenido conocimiento del acto u omisión. Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, el artículo faculta al juez a admitir la demanda cuando existan razones que así lo justifiquen. En los supuestos en donde el juez admita una demanda fuera de término deberá fundar su decisión.

El proyecto de ley de acción de amparo reconocía al actor la posibilidad de solicitar medidas cautelares siempre que sean conducentes para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia definitiva. Luego el artículo establece que el juez deberá resolverlas en el plazo de 3 días.

3.2.1. Procedimiento fijado por el proyecto de ley de acción de amparo.

El procedimiento para tramitar la acción esta prevista a partir del artículo 12 hasta el artículo 25 inclusive. Este rige tanto para el amparo individual como para el colectivo.

En cuanto a la demanda esta “deberá interponerse por escrito y contendrá: a) El nombre, apellido, domicilio real y constituido del accionante; b) La individualización, en lo posible, del autor del acto u omisión contra el que va dirigida la acción. Si se tratare de una autoridad pública nacional se procurará indicar el Ministerio, Secretaría o ente público contra el que se dirige la acción; c) La relación circunstanciada de los hechos que hayan producido o estén en vías de producir la lesión del derecho o garantía constitucional; d) La petición en términos claros y precisos”⁸².

La prueba instrumental deberá ser acompañada con la demanda, con la contestación de la misma o con los informes. Si las partes no tienen las pruebas en su poder deberán individualizarlas. También deben estos indicar los demás medios de prueba con los que se valdrán en el proceso.

En cuanto a la intervención de terceros la ley dispone expresamente que “en los procesos de amparo colectivo sólo puede intervenir en calidad de tercero quien acredite alguno de los siguientes supuestos: a) que introduzca argumentaciones jurídicas o cuestiones no receptadas previamente en las posiciones asumidas por las partes en el proceso de amparo; b) que aporte hechos o elementos probatorios no ofrecidos o introducidos previamente por las partes en el proceso de amparo. El juez debe correr traslado de la pretensión por cinco (5) días a cada parte y dictará resolución dentro de los cinco (5) días posteriores a la contestación de los traslados o al vencimiento del plazo para cumplir con dicho trámite, admitiendo o rechazando la intervención pretendida”⁸³.

En lo relativo a la formalidad de la demanda la ley establece que el juez dispondrá las medidas necesarias para subsanar los defectos formales de la demanda, también faculta al juez a intimar al demandante para que dentro de un plazo que no puede exceder los 3 días subsane los defectos bajo apercibimiento de rechazo de la acción.

Una vez admitida la acción el juez correrá traslado de la demanda por el término de 5 días prorrogables por otro tanto. El demandado al contestar la demanda deberá tener en cuenta los requisitos exigidos en el artículo 12 (este regula los requisitos de la demanda). Además cuando el demandado sea una autoridad pública, el juez deberá solicitar a esta un informe circunstanciado de los hechos, los antecedentes y los fundamentos del acto u omisión impugnado.

Una vez contestada la demanda si el juez considera pertinente y necesaria la prueba ofrecida por las partes abrirá el periodo de prueba. Como algo novedoso en materia de prueba el artículo 18 del proyecto “dispone que si las circunstancias especiales de la causa lo justifican, el juez puede imponer o distribuir la carga de la prueba, ponderando cual de las partes está en mejor situación para aportarla”⁸⁴. Esto se funda en lo trascendente del derecho que esta en juego, lo que va más allá de simples intereses personales.

El proyecto también faculta al juez a fijar audiencias en cualquier etapa del proceso, de oficio o a petición de parte. La finalidad de las mismas es intentar llegar a un acuerdo conciliatorio antes de la sentencia.

Una vez producida la prueba, vencido el plazo para hacerlo o declarada la cuestión de puro derecho, el juez dictará sentencia dentro del término de 3 días. Esta, en caso de admitir la acción, deberá hacer mención de la autoridad pública o del particular contra el cual procede el amparo. Además se deberá determinar de manera precisa cual es la conducta que deberá cumplir el demandado y el plazo en el cual deberá hacerlo.

En cuanto a los efectos de la sentencia esta solo hace cosa juzgada material respecto del objeto del amparo. Cuando la sentencia rechace el amparo por defectos formales, esta solo hace cosa juzgada formal.

En lo relativo a los recursos admitidos en este proceso, el proyecto dispone que procede el recurso de apelación contra la sentencia definitiva, la resolución que reconduzca el proceso, contra la resolución que ordene o deseche las medidas cautelares y contra la que rechace la intervención de terceros.

En caso de que se conceda el recurso la regla es que sea con efecto devolutivo, salvo que el cumplimiento de la resolución pueda causar gravamen irreparable, en ese caso se concederá con efecto suspensivo.

Contra el auto que deniegue el recurso de apelación, procede el recurso de queja ante el tribunal de alzada.

Y por ultimo en materia de recursos, el proyecto dispone que cuando se trate de sentencias definitivas dictadas por los tribunales superiores procederá el Recurso Extraordinario Federal. Procede el recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando el tribunal no conceda el recurso.

3.2.2. Legitimados para entablar la acción de amparo colectivo según el proyecto.

Según el proyecto de ley de acción de amparo son legitimados para promover la acción tendiente a la defensa de los derechos supraindividuales los siguientes sujetos: A) el o los grupos afectados debiéndoselos identificar con precisión e indicar la relación o situación jurídica que los une; B) el Defensor del Pueblo; C) el Ministerio Público, cuya participación debe ser necesaria; D) las asociaciones legalmente inscriptas, cuyos fines persigan, directa o indirectamente la protección de los derechos de incidencia colectiva, la lucha contra cualquier forma de discriminación, la protección del ambiente, la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores y de los derechos humanos en

general. También podrán iniciarla las asociaciones no inscriptas pero que acrediten, por su objeto social y la trayectoria pública y notoria, su dedicación a la defensa de los intereses difusos.

Podemos ver que el proyecto adoptaba un modelo de legitimación mixta, es decir donde coexisten el modelo individual, el modelo orgánico público y el modelo orgánico privado. El modelo individual puede observarse en el Inc. A, donde se legitima a cualquier sujeto afectado o grupo de sujetos afectados siempre que estos indiquen cual es la relación o situación jurídica que los une. Por su parte el modelo orgánico público se observa en el Inc. B y C, en el inciso B se faculta para promover la acción de amparo colectivo al defensor del pueblo, y el inciso C establece que el ministerio publico siempre será parte de los procesos de amparo colectivo, esto tiene una finalidad de control por parte del estado respecto de aquellos procesos que interesan al publico en general.

El proyecto regula en su articulado que el juez podrá impulsar de oficio la acción de amparo cuando esta persiga un interés público manifiesto.

3.2.3. Litispendencia entre acciones colectivas y acciones individuales.

En su artículo 29 del proyecto dispone que la acción colectiva no genera litispendencia respecto de las acciones individuales y establece que recae sobre el demandado la obligación de informar al actor sobre la existencia de un proceso colectivo sobre el mismo objeto, bajo apercibimiento de que si no lo informa el actor del proceso individual podrá beneficiarse de la sentencia del proceso colectivo aun cuando la demanda individual sea rechazada. Esto es con la finalidad de que el interesado tenga la opción de desistir amparo individual y abocarse al colectivo. La última parte del artículo 29 del proyecto de ley de acción de amparo dispone que el actor individual no se beneficiara con la sentencia del amparo colectivo si este no suspende el proceso

individual dentro de los diez días desde que toma conocimiento de la existencia del amparo colectivo.

3.2.4. Litispendencia entre acciones colectivas.

Además el proyecto prevé también el supuesto en donde existan distintos amparos colectivos que alcancen en forma total o parcial a un mismo grupo, cuando versen o no sobre el mismo objeto, cuando se encontraren entabladas en la misma jurisdicción y cuando la cuestión que se debate pudiera dar lugar a decisiones contradictorias. En estos supuestos, dice el artículo 30 del proyecto, esta a cargo del demandado informar sobre la existencia de estos procesos colectivos. Si este no lo hiciera, el proyecto lo sanciona beneficiando al actor de otro proceso aun cuando su amparo hubiera sido rechazado. Esto es con la finalidad de que los autos sean acumulados en un mismo juzgado a fin de evitar decisiones contradictorias respecto de una misma cuestión. La acumulación de autos puede ser ordenada de oficio o a pedidos de parte, y se acumularan ante el juez que entendió en la primera causa. Pero cabe aclarar que la norma no habla de litispendencia entre amparos colectivos.

El proyecto preveía la creación de un registro de amparos colectivos en el cual se registrarían todos los procesos colectivos entablados con fecha posterior al dictado de la ley. La finalidad del registro era que todo sujeto tenga acceso al mismo a fin de conocer existencia de los procesos colectivo que se hubieran iniciado. En el registro debían figurar el texto completo de la demanda, de la sentencia, del acuerdo conciliatorio, de las resoluciones que acepten o rechacen medidas cautelares, y la información notificada por el juez de la causa, etc.

El artículo 32 del proyecto establece que un régimen de publicidad respecto del amparo colectivo. Este dispone que promovida la acción de amparo deberá darse publicidad de la misma por medio de edictos, de la televisión, la radio, y cualquier otro

medio gratuito que el juez considere conveniente. También establece el artículo que deberá darse a conocer el contenido de la sentencia y el acuerdo conciliatorio en el caso que se diera.

En cuanto a los efectos de la sentencia dictada en una acción de amparo colectivo, el artículo 31 dispone que la sentencia alcanzara al grupo afectado, pero aclara que solo tendrá efectos dentro de la jurisdicción territorial del juez de primera instancia que dictó la sentencia. Esta será oponible al vencido y se beneficiarán por la misma aquellos sujetos, que aunque no hayan sido parte activa del proceso, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción.

El artículo aclara que en caso de que sea rechazada la acción, cualquier legitimado que no hubiera participado del proceso, podrá entablar una nueva acción sobre el mismo objeto, cuando este contare con nueva prueba. Además el artículo dispone que la sentencia dictada en un amparo colectivo no impida que los interesados que no hayan sido parte de aquel puedan interponer un amparo individual.

En sus disposiciones finales el proyecto establece que será de aplicación supletoria las normas de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y en especial las disposiciones propias del juicio sumarísimo que sean compatibles.

Además el artículo 38 del proyecto, entre otras normas deroga la ley 16.986 de acción de amparo.

4. Conclusión.

Al comenzar el capítulo me propuse desarrollar la situación jurídica de los derechos supraindividuales en la república Argentina y demostrar que esta es insuficiente para garantizar una adecuada protección de los mismos. Para ello analicé las distintas normas existentes en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la materia, tanto antes de la reforma Constitucional de 1994 como las que fueron sancionadas con

posterioridad a esta. También analicé cual era la postura de la doctrina y de la jurisprudencia antes de 1994 y cual la postura posterior a esta fecha.

La conclusión a la que arribo es que en la actualidad existe en nuestro ordenamiento jurídico nacional y provincial un reconocimiento por parte del derecho de fondo de los derechos supraindividuales.

Sin embargo resulta claro que esta tutela reconocida por el derecho de fondo a esta gama de derechos no es suficiente para garantizar una adecuada protección de los mismos, sino que para ello es necesario que el derecho de forma regule un proceso destinado a la tutela de estos derechos con características especiales. Dado a que el tratamiento de estos derechos por medio de los procesos tradicionales hace que en muchas ocasiones estos no puedan obtener la protección deseada por incurrir los tribunales en errores por ajustarse de manera excesiva a los principios del proceso tradicional.

En la segunda parte de este capítulo analicé el proyecto de ley de acción de amparo. Este proyecto, que no pudo convertirse en ley, contemplaba la existencia del amparo colectivo y fijaba un trámite para el mismo. Si bien el amparo es un remedio procesal excepcional que solo procede cuando no exista otro medio judicial mas idóneo, en materia de procesos colectivos la fijación de un proceso para llevar adelante el mismo hubiese sido fundamental, dado que si bien los derechos supraindividuales son reconocidos por nuestro derecho de fondo, estos carecen de un proceso especial que los ampare.

Por ello considero que las normas que contiene nuestro ordenamiento jurídico vigente en materia de derechos supraindividuales no es suficiente para garantizar una tutela adecuada de los mismos, y que para poder alcanzar dicha protección tan anhelada es necesario sancionar una ley en el ámbito nacional que contemple cual es el objeto de tutela de los procesos colectivos, quienes son los legitimados para entablar una acción

en su defensa y cual es el alcance de la cosa juzgada. De esta manera considero que existirá una protección adecuada de los derechos supraindividuales e individuales homogéneos y también colaboraría con el principio de economía procesal evitando que se entablen cantidades de demandas respecto de una misma cuestión, lo cual también traería como consecuencia positiva que no se dicten sentencias contradictorias respecto de una misma cuestión, preservando de esta manera la seguridad jurídica.

En el capítulo siguiente analizaré distintos sistemas del derecho comparado en materia de procesos colectivos, a fin de identificar los puntos principales de cada uno de estos que deberán ser observados a la hora de regular esta materia en nuestro derecho.

Capítulo IV

LA SITUACION DE LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS EN EL DERECHO COMPARADO.

SUMARIO: 1. Los derechos supraindividuales e individuales homogéneos en el derecho comparado. 1.1. Introducción; 2. Derecho Norteamericano. 2.1. Aspectos Procesales. 3. Derecho Brasileño. 3.1. Código del Consumidor Brasileño. 4. Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero-América. 5. Conclusión.

1. Conclusiones y propuestas.

1.1. Introducción.

En este quinto y último capítulo procederé en primer lugar a desarrollar las conclusiones a las que he podido arribar a lo largo de este trabajo; y en segundo lugar a realizar las propuestas correspondientes tendientes a solucionar el problema planteado.

Para ello analizaré los capítulos anteriores a fin de lograr una correcta conclusión y proponer soluciones adecuadas y acordes a nuestra realidad.

2. Conclusiones.

A lo largo de este trabajo he desarrollado la temática de los procesos colectivos con el objetivo de demostrar que la mejor manera de tutelar los derechos supraindividuales e individuales homogéneos es a través de procesos especiales que contemplen las distintas características de los derechos objeto de este trabajo. Es por ello que afirmé que los procesos civiles tradicionales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico procesal no eran suficientes para asegurar una protección correcta de estos derechos, dado que los procesos existentes en la actualidad de nuestro ordenamiento jurídico se encuentran articulados conforme a garantizar la protección y tutela a los derechos subjetivos clásicos caracterizados por la determinación de su titular y por ser estos exclusivos y excluyentes, lo que hace parecer obvio que los derechos supraindividuales no encontrarían una tutela adecuada a través de los mismos.

En el primer capítulo de este trabajo analicé los aspectos principales de las “acciones colectivas o procesos colectivos” como así también plasmé las diferencias fundamentales entre estos y los procesos individuales tradicionales. Todo ello sirvió para poner al lector en sintonía respecto de la temática que en este trabajo se desarrollaría y para que el mismo comprenda cual era el objetivo a alcanzar a lo largo del trabajo.

Además se realizó un estudio sobre cuales eran los derechos que pretenden ser tutelados a través de estos procesos especiales, lo que permitió llegar a la conclusión de que estos derechos, los “supraindividuales, incluyendo los difusos y colectivos, y los individuales homogéneos”, por sus características especiales, tales como son la supraindividualidad y la indivisibilidad en el caso de los supraindividuales o el origen común y la predominancia de cuestiones comunes en los individuales homogéneos, son merecedores de una tutela especial a través de un proceso que les sea propio y acorde a sus particularidades distinto a los procesos tradicionales que, como ya he dicho, se caracterizan por ser, los derechos objeto del proceso, exclusivos y excluyentes de un sujeto determinado.

En el segundo capítulo profundicé sobre los aspectos principales del tema, por lo que desarrollé quiénes podían solicitar al poder judicial la tutela de los derechos supraindividuales e individuales homogéneos, es decir la legitimación en los procesos colectivos, y también analicé cuál era el alcance de los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos. Todo ello me permite arribar a la conclusión de que la ausencia de estos procesos especiales hacen que en muchas ocasiones determinados sujetos o grupos de sujetos se vean privados de obtener tutela jurisdiccional de sus derechos supraindividuales o individuales homogéneos ya sea por carecer estos de legitimación, o por no contar con los medios económicos, o bien por ignorar o desconocer que determinados derechos le han sido vulnerados. También considero probado que con la incorporación de procesos colectivos a nuestro ordenamiento jurídico se descomprimiría el fuero jurisdiccional dado que un sin numero de causas que recaen sobre un mismo objeto serían tratadas por un único juez, lo que también traería como consecuencia positiva evitar decisiones contradictorias respecto de una misma cuestión.

En el capítulo tercero hemos analizado la legislación existente en materia de derechos supraindividuales antes y después de la reforma constitucional de 1994, como

así también la postura de la doctrina y de la jurisprudencia. La conclusión final a la que se arribo fue que si bien el derecho de fondo ha cumplido con su obligación y ha reconocido los derechos supraindividuales, es el derecho de forma quien sigue en deuda con toda la sociedad respecto de esta cuestión. Por lo que considero probado el punto de tesis relativo a que la legislación vigente en nuestro ordenamiento jurídico de fondo no garantiza una adecuada tutela de los derechos supraindividuales.

Por ultimo, el capítulo cuarto nos permitió conocer el ordenamiento jurídico vigente en materia de acciones colectivas de dos países propulsores de la materia tales como son el derecho norteamericano y el brasileño. También analicé un código de procesos colectivos desarrollado por doctrinarios Iberoamericanos expertos en la materia que tiene como objetivo servir como modelo para los países de Ibero-América que regulen esta temática. Esto permitió confirmar la teoría de que, mientras nuestro ordenamiento jurídico carezca de un instrumento procesal que regule de manera adecuada el tratamiento de los derechos supraindividuales, estos se encontraran desamparados.

Por todo lo analizado a lo largo de este título y del trabajo en general arribo a la conclusión de que la ausencia de un proceso especial que contemple las características propias de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos hace que se encuentren en una situación de desprotección, lo que trae como consecuencia que la sociedad se vea privada de obtener una adecuada tutela jurisdiccional respecto de ellos, como así que se afecte la seguridad jurídica, desbordándose el fuero jurisdiccional.

3. Propuestas.

Luego de haber expuesto las conclusiones a las que he arribado a lo largo de este trabajo puedo decir que las propuestas surgen de la lectura del mismo. Es que la hipótesis a demostrar a lo largo de este trabajo fue que la vía procesal mas idónea para garantizar una adecuada tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos e

individuales homogéneos eran los “procesos colectivos o acciones colectivas”. Como hemos podido observar ya, estos derechos se encuentran reconocidos por nuestro derecho de fondo, inclusive por nuestra Carta Magna. Siendo que el que se encuentra en deuda con la sociedad es el derecho de forma.

La propuesta a fin de solucionar esta problemática es que se sancione en el ámbito del Congreso de la Nación un instrumento normativo de aplicación federal que regule la materia de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Esta norma debería contener disposiciones que regulen tanto sobre el fondo de la cuestión como sobre la forma.

A mi modo de entender esta norma debería definir de manera expresa cuáles son los derechos que a través de ella pretenden ser tutelados, como así también regular cuáles son los requisitos que deben observarse para darle procedencia a una acción colectiva.

Considero además que dicha normativa debe prever de manera clara y precisa quiénes serían los legitimados activos que podrían interponer una acción colectiva en defensa de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos a fin de evitar que el poder judicial incurra en el error de no reconocerle a un sujeto legitimidad para defender un derecho que le es propio, aunque no exclusivo y menos excluyente, por ser parte del grupo lesionado.

También la ley debería regular el alcance de la cosa juzgada, disponiendo que esta tendrá efecto *erga omnes*, salvo los supuestos de improcedencia de la acción por falta prueba o cuando se demuestre que los sujetos no hubieren sido anoticiados del proceso o que estos no fueron representados de manera adecuada en el proceso. Pero aclarando siempre que el efecto de la sentencia dictada en un proceso colectivo afecta la faz colectiva y no la faz individual de los sujetos parte del grupo afectado, pudiendo estos iniciar una acción individual si así lo desearan.

Asimismo la norma debería disponer que ante la existencia de dos procesos colectivos con el mismo objeto, aun cuando varié la causa de pedir o los legitimados activos, hace litispendencia. Y que la causa que prosigue es la entablada en primer termino, pudiendo los demás interesados formar un litisconsorcio con el actor.

Estos son los puntos fundamentales que debería contener la norma que regule en la republica las cuestiones de fondo y de forma respecto de los derechos supraindividuales, incluyendo los difusos y colectivos, y los individuales homogéneos a fin de obtener en el ámbito nacional una regulación uniforme y adecuada que permita a los ciudadanos obtener una correcta tutela de esta gama de derechos.

También propongo que para regular esta materia se observe y se tome como modelo el Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América, dado que considero este es el resultado de un trabajo de especialistas en la materia, los cuales tomaron las ventajas principales del sistema Norteamericano y los aspectos principales del sistema Brasileño y desarrollaron una herramienta jurídica primordial y que no puede dejar de ser observada al momento de regular la materia de los derecho difusos, colectivos e individuales homogéneos.

¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Hacia un sistema Iberoamericano de tutela de intereses transindividuales. En: GIDI, Antonio y FERRER MAC, Eduardo, compiladores. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. 2ª edición. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004. p. XXXV y XXXVI.

² AMAYA, Jorge Alejandro. Mecanismos constitucionales de protección al consumidor. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 2.

³ BERIZONCE, Roberto O. Presentación. En: Antonio Gidi – Eduardo Ferrer Mac-Gregor, compiladores. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. 2ª edición. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004. p. XX.

⁴ QUÓRUM EDITORA. Constitución de la Nación Argentina. Antecedentes históricos. Legislación complementaria. Tratados internacionales. Rosario: Quórum editora; 2005. p. 15.

⁵ GIDI, Antonio. Compilador. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. 2ª edición. Coordinadores Antonio Gidi – Eduardo Ferrer Mac-Gregor. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004. p. 15.

⁶ SOLÁ, Juan Vicente. Los derechos de incidencia colectiva. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. (en línea). Noviembre, 2007. (Disponible en Internet. http://ancmvp.e-dynamic.com.ar/user/files/04%20-%20sola_07.pdf) (Última consulta 07/03/2009).

⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. El futuro del Derecho Procesal Civil, en XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá; 1996, p. 298.

⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op Cit. p. XXXIX.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La acción popular del derecho brasileño como instrumento de tutela jurisdiccional de los llamados intereses difusos. Temas de Derecho procesal. 3ª edición. Sao Paulo: Saraiva; 1977. p. 113-114.

- ¹⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquín. Mandado de segurança coletivo, mandado de injeção e habeas data-constituição e processo. 1989. p. 9 y sig.
- ¹¹ KAUZO, Watanabe. Código brasileiro de defensa del consumidor comentado por los autores del anteproyecto. 1º edición. Río de Janeiro: Forense Universitária; 1991. p. 503.
- ¹² TRIONFETTI, Víctor Rodolfo. Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos. En: OTEIZA, Eduardo, compilador. Procesos Colectivos. 1º edición. Santa fe: Rubinzal-Culzoni; 2006. p. 155 y sig.
- ¹³ PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo.
- ¹⁴ “Cámara de comercio, industria y producción de resistencia c/ afip”, sent. Del 26/08/2003 y “Colegio de farmaudiología de entre ríos c/PEN”, sent. del 26/08/2003.
- ¹⁵ GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. En: MEROI, Andrea. Procesos Colectivos: Recepción y Problemas. 1º Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; 2008. Nota 41.
- ¹⁶ MEROI, Andrea. Procesos Colectivos: Recepción y Problemas. 1º Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; 2008. p. 51 y 52.
- ¹⁷ BUFFARINI, Paula. Ámbito de la tutela colectiva. En: OTEIZA, Eduardo. Procesos Colectivos. 1º edición. Santa fe: Rubinzal-Culzoni; 2006. p. 70.
- ¹⁸ Adhiero a esta terminología, la cual es propia del derecho brasileiro y adoptada por parte de la doctrina nacional. La Dra. Andrea Meroi prefiere a este tipo de derechos “intereses plurales homogéneos”.
- ¹⁹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada, WATANABE, Kazuo y GIDI, Antonio. Instituto Iberoamericano de derecho procesal. Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América. En: GIDI, Antonio y FERRER MAC, Eduardo, compiladores. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. 2ª edición. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004. p. 687.
- ²⁰ BUFFARINI, Paula. Op Cit. p. 71.
- ²¹ Galdos, Jorge A. “Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo”; J.A. 2000- II- p. 247.
- ²² Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica. Artículo 2.
- ²³ Código de Defensa del Consumidor Brasileño.
- ²⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de Derecho Ambiental. 1ª edición. Río de Janeiro: Renovar; 1990. p.16.
- ²⁵ GIDI, Antonio. Op Cit. p. 30.
- ²⁶ El tema de la divisibilidad o indivisibilidad ya fue tratado.
- ²⁷ GIDI, Antonio. Op. Cit. P. 31.
- ²⁸ QUÓRUM EDITORA. Constitución de la Nación Argentina. Antecedentes históricos. Legislación complementaria. Tratados internacionales. Rosario: Quórum editora; 2005. p.7.
- ²⁹ ABRAHAM, Luís Vargas. La legitimación activa en los procesos colectivos. En: OTEIZA, Eduardo. Procesos Colectivos. 1º edición. Santa fe: Rubinzal-Culzoni; 2006. p. 216.
- ³⁰ GIDI, Antonio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en Brasil. Un modelo para países de Derecho civil. México: UNAM; 2004. p. 69.
- ³¹ ABRAHAM, Luís Vargas. Op Cit. p. 220.
- ³² IBID.
- ³³ IBID.
- ³⁴ ABRAHAM, Luís Vargas. Op Cit. p. 223.
- ³⁵ ABRAHAM, Luís Vargas. Op Cit. p. 224.
- ³⁶ ABRAHAM, Luís Vargas. Op Cit. p. 225.
- ³⁷ GIDI, Antonio. Op Cit. p. 108.
- ³⁸ IBID.
- ³⁹ GIDI, Antonio. Op Cit. p.112.
- ⁴⁰ CHAUMET Y MENICOCCI. En MEROI, Andrea. Procesos Colectivos: Recepción y Problemas. 1º Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; 2008. Nota 4.
- ⁴¹ MEROI, Andrea. Op Cit. p. 76. y sig.
- ⁴² ABRAHAM, Luís Vargas. Op Cit. p. 240.
- ⁴³ CAMPS, Carlos Enrique Eficacia cautelar de los procesos colectivos. En: OTEIZA, Eduardo, compilador. Procesos Colectivos. 1º edición. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 312.
- ⁴⁴ SALAMANCA, Andrés Bordali. Efectos de la sentencia colectiva. En: GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, compiladores. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. Coordinadores. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004. p. 297.
- ⁴⁵ GIDI, Antonio. Op. Cit. p. 262.
- ⁴⁶ IBID.
- ⁴⁷ IBID.

⁴⁸ GIDI, Antonio. Op. Cit. p. 264.

⁴⁹ GIDI, Antonio. Op. Cit. p. 315.

⁵⁰ GIDI, Antonio. Op. Cit. p. 324.

⁵¹ Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario [en línea] [Disponible en Internet en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>] [Ultima consulta 16/03/2009].

⁵² Ley de Defensoria del Pueblo [en línea] [Disponible en Internet en <http://www.unter.org.ar/documentos/leg/Ley24284del11293defensordelPueblo.htm>] [Ultima consulta 16/03/2009].

⁵³ Constitución de la provincia de San Juan [en línea] [Disponible en Internet en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/CONSSANJUAN.htm>] [Ultima consulta 17/03/2009].

⁵⁴ Constitución de la provincia de San Luís [en línea] [Disponible en Internet en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/p212/12937974241299392976624/index.htm>] [Ultima consulta 17/03/2009]

⁵⁵ Constitución de la provincia de Córdoba [en línea] [citado el 15/03/2009] [Disponible en Internet en http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/biblioteca/File/Contituciones/cp_cordoba.pdf] [Ultima consulta 20/03/2009]

⁵⁶ Constitución de la provincia de Formosa. [en línea] [Disponible en Internet en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/p212/02427243103131163754491/index.htm>] [Ultima consulta 20/03/2009].

⁵⁷ Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. [en línea] [Disponible en Internet en <http://www.sup-trib-delsur.gov.ar/sup-trib-delsur/CONSPROVW.htm>] [Ultima consulta 20/03/2009].

⁵⁸ Entre otras leyes provinciales que regularon la materia antes de 1994 puedo mencionar: Ley 4106, Código Contencioso Administrativo de la provincia de Corrientes, Ley 4055 ley Orgánica del Poder Judicial y modificatoria del C.P.C. de la provincia de Jujuy, Ley 1352 de Régimen de procedimientos para el amparo de los intereses difusos o colectivos de la provincia de la Pampa, ley 5961 de Ecología y preservación del ambiente de la provincia de Mendoza, ley 2779 de protección de los intereses difusos y/o derechos colectivos de la provincia de Río Negro, ley 6006 de protección de jurisdiccional de los intereses difusos y derechos colectivos de la provincia de San Juan.

⁵⁹ Ley 10.000 [en línea] [disponible en Internet en <http://www.defensorsantafe.gov.ar/normativas/legislacion/proteccion-de-intereses-difusos-y-accion-popular>] [Ultima consulta 23/03/2009].

⁶⁰ Ley 3911 [en línea] [Disponible en Internet en <http://www.interpol.gov.ar/Leyes/Ley.asp?pLeyId=10>] [Ultima consulta 23/03/2009].

⁶¹ “Zaratiegui c/ Gobierno Nacional” del 06/12/1988. En J.A. 1989-I-112.

⁶² MEROI, Andrea. Op. Cit. p. 159.

⁶³ “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo”, L.L. 1994-C-294.

⁶⁴ Ley de creación del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo [en línea] [Disponible en Internet en http://www.inadi.gov.ar/inadi_marcojuridico_detalle.php?codigo=6] [Ultima consulta 25/03/2009].

⁶⁵ Ley General del Ambiente [en línea] [Disponible en Internet en <http://www2.medioambiente.gov.ar/mlegal/marco/ley25675.htm>] [Ultima consulta 25/03/2009].

⁶⁶ Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [en línea] [Disponible en Internet en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/argent/34693957651469640265679/index.htm>] [Ultima consulta 26/03/2009]

⁶⁷ Constitución de la provincia de Buenos Aires [en línea] [Disponible en Internet en http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/biblioteca/File/Contituciones/cp_buenos_aires.pdf] [Ultima consulta 26/03/2009]

⁶⁸ Constitución de la provincia de Córdoba [en línea] [Disponible en http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/biblioteca/File/Contituciones/cp_cordoba.pdf] [Ultima consulta 26/03/2009].

⁶⁹ Constitución de la provincia de Chaco [en línea] [Disponible en http://www.ambiente.gov.ar/archivos/web/biblioteca/File/Contituciones/cp_chaco.pdf] [Ultima consulta 26/03/2009].

⁷⁰ Constitución de la provincia de Chubut [en línea] [Disponible en <http://www.sup-trib-delsur.gov.ar/sup-trib-delsur/cbconst.htm>] [Ultima consulta 26/03/2009].

⁷¹ Constitución de la provincia de Neuquén [en línea] [Disponible en http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/constituciones/constitucion_nqn/cnqn_aindice.htm] [Ultima consulta 26/03/2009].

⁷² Constitución de la provincia de la Pampa [en línea] [Disponible en <http://www.sup-trib-delsur.gov.ar/sup-trib-delsur/lapampa/lpconstii.htm>] [Ultima consulta 26/03/2009].

⁷³ Constitución de la provincia de Salta [en línea] [Disponible en <http://www.eft.com.ar/legislacion/argentina/salta/salta-constitucion.htm>] [Ultima consulta 26/03/2009].

⁷⁴ MEROI, Andrea. Procesos Colectivos: Recepción y Problemas. 1° Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; 2008. p. 147 y siguientes. La autora realiza una recopilación y desarrollo de la legislación en la materia.

⁷⁵ GORDILLO, Agustín. Sobre Derechos de incidencia colectiva [en línea] capítulo VIII. [Disponible en http://www.gordillo.com/Pdf/DH--5/Capitulo_VIII.pdf] [Última consulta el 01/04/2009]

⁷⁶ Andrea Meroi. Procesos Colectivos: Recepción y Problemas. 1° Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; 2008. Pagina 169 y siguientes. La autora cita distintos fallos donde la corte deja asentada su postura.

⁷⁷ MEROI, Andrea. Op. Cit. p. 167 y 168.

⁷⁸ COLAUTTI, Carlos E. Incógnitas de la acción de amparo en la reforma constitucional en L.L. 1998-E-1043.

⁷⁹ GORDILLO, Agustín. Sobre Derechos de incidencia colectiva (en línea) capítulo VIII, página 17. (Disponible en http://www.gordillo.com/Pdf/DH--5/Capitulo_VIII.pdf) (Última consulta el 01/04/2009)

⁸⁰ Proyecto de Ley de Acción de Amparo. [en línea] [Disponible en Internet en http://www.gomezdiez.com.ar/files/Proy/Ley/2006/PL1939_06.pdf] [Última consulta 01/04/2009].

⁸¹ IBID.

⁸² IBID.

⁸³ IBID.

⁸⁴ IBID.

⁸⁴ GIDI Antonio. La class action como instrumento de tutela colectiva dos directos difusos, colectivos e individuáis homogéneos [Tesis] Sao Pablo: Universidad de Sao Paulo; 2003.

⁸⁴ GIDI, Antonio, compilador. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. Coordinadores Antonio Gidi – Eduardo Ferrer MacGregor. Tomo II, Derecho comparado. 2° edición. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004. p. 3.

⁸⁴ GIDI, Antonio. Op. Cit. p. 4.

⁸⁴ GIDI, Antonio. Op. Cit. p.12.

⁸⁴ GIDI, Antonio. Op. Cit. p.15.

⁸⁴ GIANNINI, Leandro J. Legislación iberoamericana sobre los procesos colectivos. En: GIDI, Antonio y FERRER MAC, Eduardo, compiladores. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. 2ª edición. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004. p. 724.

⁸⁴ Abogado, docente de la asignatura Derecho Procesal II en la Universidad Nacional de la Plata, Argentina.

⁸⁴ GIANNINI, Leandro J. Legislación iberoamericana sobre los procesos colectivos. En: GIDI, Antonio y FERRER MAC, Eduardo, compiladores. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. 2ª edición. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004. p. 727.

⁸⁴ GIANNINI, Leandro J. Op. Cit. p. 720.

⁸⁴ IBID.

⁸⁴ GIANNINI, Leandro J. Op. Cit. p. 721.

⁸⁴ GIANNINI, Leandro J. Op. Cit. p. 723.

⁸⁴ IBID.

⁸⁴ IBID.

⁸⁴ IBID.

⁸⁴ Este ante proyecto fue desarrollado por distintos doctrinarios expertos en la materia.

⁸⁴ De ahora en adelante utilizare el termino “el Código” para referirme al Código Modelo para Ibero América.

⁸⁴ Redactores del Código: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi.

BIBLIOGRAFÍA

a) Especial

ABRAHAM, Luís Vargas. La legitimación activa en los procesos colectivos. En: Eduardo Oteiza, coordinador. Procesos Colectivos. 1º edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

AMAYA, Jorge Alejandro. Mecanismos constitucionales de protección al consumidor. Buenos Aires: La Ley, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de Derecho Ambiental. 1ª edición. Río de Janeiro: Renovar, 1990.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La acción popular del derecho brasileño como instrumento de tutela jurisdiccional de los llamados intereses difusos. Temas de Derecho Procesal. 3º edición. Sao Paulo: Saraiva, 1977.

BERIZONCE, Roberto O. Presentación. En: GIDI, Antonio- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, compiladores. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Ibero América. 2ª edición. México: Editorial Porrúa S.A.; 2004.

INDICE

CAPITULO I

ACCIONES COLECTIVAS Y SU OBJETO DE PROTECCION

1. Introducción	8
2. Diferencias entre procesos individuales y procesos colectivos.....	11
3. Acciones colectivas	13
4. Análisis de la terminología empleada.....	13
5. Clasificación de los procesos colectivos. Crítica.....	14
6. La acción de clases en los distintos sistemas:	
Civil Law y Common Law	15
7. Cierre	18
8. Objeto de los procesos colectivos	18
8.1. Interés y/o derecho. Discusión doctrinaria	18
8.2. Derechos objeto de tutela en los procesos colectivos.....	19
8.2.1. Derechos supraindividuales	21
8.2.2. ¿Divisibilidad o indivisibilidad de los derechos supraindividuales?	21
8.3. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Diferencias teóricas. Particularidades de cada uno de estos	23
8.3.1. Derechos difusos y colectivos	23
8.3.2. Derechos individuales homogéneos.....	24
8.3.3. Razones que justifican su tutela colectiva	25
8.3.4. Criterios de distinción entre los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos por el derecho brasileño	26
8.4. ¿La necesidad de que los derechos supraindividuales obtengan una tutela colectiva es de carácter pública o privada?.....	29
8.5. Cierre	30
9. Conclusión	31

CAPITULO II

LEGITIMACION Y COSA JUZGADA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS

1. Introducción	34
2. Legitimación en los procesos colectivos.....	35
3. Teoría general de la legitimación en los procesos individuales	36
4. Teoría general de la legitimación en los procesos colectivos	38
4.1. Naturaleza jurídica de la legitimación para obrar en los procesos colectivos	39
4.2. Actos de disposición por parte del legitimado en los procesos colectivos	41
5. Fuentes legales en Argentina respecto de legitimación en los procesos colectivos	42
6. Distintos modelos de legitimación en los procesos colectivos	43
7. La representación adecuada en los procesos colectivos	47
8. Cierre	46
9. Medidas cautelares en los procesos colectivos.....	46
9.1. Requisitos para la procedencia de las medidas cautelares	48
9.2. Recurribilidad	49
9.3. Irreversibilidad.....	50
10. Cosa juzgada y litispendencia en los procesos colectivos	50
10.1. Introducción.....	50
10.2. Cosa juzgada en los procesos colectivos. Particularidades. Diferencias con los procesos tradicionales	51
11. Litispendencia en lo procesos colectivos	55
11.1. Litispendencia entre acciones colectivas y acciones individuales	55
11.2. Litispendencia entre acciones colectivas.....	56
12. Cierre	57
13. Conclusión.....	57

CAPITULO III

LA SITUACION DE LOS DERECHOS SUPRAININDIVIDUALES E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

1. Los derecho supraindividuales e individuales homogéneos en el derecho Argentino	60
1.1. Introducción.....	60
2. Los derechos supraindividuales en Argentina antes de la reforma constitucional de 1994	61
2.1. La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la reforma constitucional de 1994 en materia de derechos difusos y colectivos	65
2.2. Los derechos supraindividuales en Argentina luego de la reforma constitucional de 1994	66
2.3. Doctrina y jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 1994	68
2.4. Los derechos individuales homogéneos en el derecho Argentino ...	70
3. Amparo colectivo.....	71
3.1. Proyecto de ley de acción de amparo.....	73
3.2. Análisis del proyecto	74
3.2.1. Procedimiento fijado por el proyecto de ley de acción de amparo.....	76
3.2.2. Legitimados para entablar la acción de amparo colectivo según el proyecto.....	78
3.2.3. Litispendencia entre acciones colectivas y acciones individuales.....	79
3.2.4. Litispendencia entre acciones colectivas	80
4. Conclusión	81

CAPITULO IV

LA SITUACION DE LOS DERECHOS SUPRAININDIVIDUALES E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS EN EL DERECHO COMARADO

1. Los derecho supraindividuales e individuales homogéneos en el derecho comparado	85
1.1. Introducción.....	85
2. Derecho Norteamericano	86
2.1. Aspectos Procesales	90
3. Derecho Brasileño.....	91
3.1. Código del Consumidor Brasileiro	92
4. Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero-América	96
5. Conclusión	100

CAPITULO V

PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

1. Conclusiones y propuestas.....	103
1.1. Introducción.....	103
2. Conclusiones	103
3. Propuestas	105