

XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal

Ponencia General. Comisión 3 civil: “Sistemas de resolución de conflictos masivos”

Conflicto masivo y proceso.

José María Salgado

–La ventura va guiando nuestras cosas mejor de lo que acertáramos a desear, porque ves allí, amigo Sancho Panza, donde se descubren treinta, o pocos más, desaforados gigantes, con quien pienso hacer batalla y quitarles a todos las vidas, con cuyos despojos comenzaremos a enriquecer; que ésta es buena guerra, y es gran servicio de Dios quitar tan mala simiente de sobre la faz de la tierra.

Miguel de Cervantes, Don Quijote de la Mancha

I.-

El abordaje de los conflictos masivos es múltiple y variable. Depende de las herramientas procesales que el sistema de administración de justicia brinde, de las condiciones estructurales para hacerlo, del conflicto que se presente, del plan de manejo del caso, de los distintos objetivos que se fijan y de la respuesta o producto que intente darse al entorno social luego de la intervención de la jurisdicción en la cuestión a la que ha sido convocada.

Buscando trazar un mapa de posibilidades y opciones, tenemos que vincular los dos elementos esenciales que pueden guiar esa tarea: el conflicto masivo y los sistemas procesales disponibles o posibles.

El conflicto masivo, por definición, requiere la concurrencia de un número plural de personas con intereses comunes. Desde ese punto de partida, referenciado intencionalmente de un modo simple y amplio a efectos de poder incorporar una

amplia cantidad de supuestos, encontraremos diversas variantes de conformación de los grupos entorno al conflicto.

En lo que respecta a los sujetos, la base de sus intereses puede estar fundada en una única relación jurídica indivisible, en una divisible o en múltiples relaciones (individuales o plurales) con componentes análogos u homogéneos entre ellas.

Es menester identificar, dentro de la multiplicidad de intereses en el grupo, cuáles son aquellos específicos comunes, idénticos o coincidentes de los integrantes de ese colectivo y los matices que pueden presentarse al cribar y evaluar con más detalle dichos objetivos individuales mediante sus distinciones, detalles y excepciones. La monoliticidad del actor colectivo estará dada por la mayor o menor cohesión e intensidad con que se compartan los intereses comunes. Aunque nunca es nítida la línea que determina la constitución y la fragmentación¹.

Hacia el interior de la conformación del actor colectivo podemos encontrar tensiones intragrupalas entre los distintos sujetos que componen el grupo - integrantes que a su vez pueden ser unidades constituidas por individuos singulares o por otros grupos que funcionen como unidad-; también habrá diferencias entre los objetivos de cada uno de ellos y el interés general del colectivo, aspecto que puede medirse en base al promedio entre sus componentes, o bien por el objetivo de máxima o de mínima prefijado. Las diferencias, traducidas en tensiones, podrán derivar en una mayor o menor fragmentación del conjunto, en su división e, incluso, en la desaparición del colectivo por las divergencias internas².

Las conductas individuales, en tanto buscan su propia satisfacción, muchas veces no son coincidentes con la optimización de los resultados grupales. Existe un vínculo entre el tamaño del grupo, la conducta de cada uno de sus miembros y

¹ Entelman, Remo F., Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma, Gedisa, Barcelona, 2009, p. 77/87.

² Calvo Soler, Raúl, Mapeo de conflictos. Técnica para la exploración de los conflictos, Gedisa, Barcelona, 2014, p. 105/114.

su influencia en el resultado final para optimizar los fines del colectivo. Por ejemplo, en un grupo de gran tamaño sus integrantes no harán su mayor esfuerzo al pensar que su actividad no tendrá incidencia en el resultado final y, además, supondrán que los beneficios de su empeño serán repartidos entre todos los componentes del grupo. Es decir, los intereses individuales muchas veces no coincidirán con los intereses grupales si estos se desarrollan en forma voluntaria sin ningún condicionamiento externo. Por su parte, en los grupos pequeños, es mucho más sencillo encontrar un mejor desarrollo de las conductas individuales a favor de los intereses grupales. Sin embargo, aquellas no se mantendrán hasta que se logre el objetivo final buscado, sino que los individuos cesarán en su obrar antes de obtener el nivel óptimo para el grupo. En estos casos se observa una tendencia a la explotación del grande por parte del pequeño³.

El grado o vínculo organizacional interno es también en algunos casos relevante, dado que no sólo redundará en la mayor o menor cohesión o diferenciación, sino en el mecanismo de toma de decisiones en relación a los destinos del grupo.

Encontraremos también conflictos en los cuales el colectivo se sitúe en uno de los lados de la relación en disputa, si esta fuera bipolar; sea formulando el reclamo, sea recibéndolo, y otros en los cuales existan grupos enfrentados, sea en una relación de dos bandos o multipolar.

No terminan aquí las posibles descripciones de los grupos en conflicto. Es claro que, en cada caso, podremos encontrar singularidades, divergencias o diferencias entre los integrantes individuales de los grupos en tanto ahondemos en su análisis e indagemos más detalladamente sobre cada posición. Un aspecto relevante, entonces, para determinar el mecanismo de abordaje de los conflictos masivos es su mapeo, el estudio de las circunstancias fácticas, el análisis de las cuestiones comunes que podrían resolverse, los intereses contrapuestos, la conformación y

³ Olson, Mancur Jr., *The logic of collective action, Public goods and the theory of groups*, New York, Schocken Books, 1968, p. 53.

vínculos entre los sujetos y las características, tanto de la relación jurídica sustancial, de la pretensión colectiva y los intereses subyacentes.

II.-

El todo no es la suma de sus partes, sino la interacción que se verifica entre sus componentes⁴. Es por eso que el servicio de justicia debe ser analizado en clave sistémica, a efectos de establecer cuáles son los resortes mediante los cuales pueden abordarse los conflictos masivos. La mirada holística permitirá advertir que no en todos los casos el modelo de proceso colectivo –tal y como lo ha descrito nuestro Máximo Tribunal en el caso “Halabi”⁵- es la mejor opción para brindar respuestas a los conflictos masivos. Muchas veces una cuestión que abarca en forma homogénea a una multiplicidad de personas puede decidirse, total o parcialmente, mediante mecanismos que, merced a articulaciones internas del sistema, puedan extender una sentencia a procesos análogos y/o a la concreción de precedentes estables que de modo indirecto logran la misma finalidad, en menor tiempo, con un menor costo y con menor complejidad estructural en la constitución del proceso.

Desde otro punto de vista, ciertos conflictos masivos sólo podrán ser atendidos mediante procesos estructurados a tal fin pues, por distintos motivos, como la complejidad fáctica común, el interés público en las cuestiones involucradas, la necesidad de un debate transparente y abierto hacia la sociedad en la que se escuchen a todos los sectores involucrados, la legitimidad que quiera darse a la decisión de un proceso en el que se discute una política pública, la dificultad en el cambio a implementar y/o la necesaria emisión de una respuesta común para todos los involucrados entre varios supuestos más, hace que su abordaje

⁴ von Bertalanffy, Ludwig, Teoría general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo y aplicaciones, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 10; Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal. Parte General. Ciencia y derecho. La acción, V. I T. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 505/582.

⁵ CSJN, 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. –ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, H. 270. XLII.

parcelado pueda resultar, no solo inconveniente, sino nocivo y frustratorio de los derechos en juego.

En este trabajo no abordaremos todos los componentes del sistema de justicia: operadores, insumos, procesador, producto, control y retroalimentación, ya que ello desbordaría las posibilidades con las que contamos, sino sólo aquellos dispositivos que, de uno u otro modo, pueden dar respuestas a los conflictos masivos. En tal sentido nos referiremos a los mecanismos o subsistemas que pueden actuar sobre los conflictos colectivos, sea íntegramente o parcialmente; sea de modo directo o indirecto.

Varios aspectos deben notarse en este punto: i) con la última reforma constitucional se incluyó en el art. 43, segundo párrafo, los derechos de incidencia colectiva, perfilándolos como una especie tutelable a través de la “acción de amparo”⁶. El tiempo, el estudio y los casos nos hicieron ver que no se trataba de algo rápido y expedito y que había que tomar otros recaudos; ii) la lectura del precepto deja otras enseñanzas, lo postulado en el texto no es limitante de otras vías para tutelar los derechos de incidencia colectiva, sino una base o piso de garantías disponibles y, como sucede con los sujetos legitimados, puede estructurarse la modalidad que se considere más eficaz de acuerdo a los objetivos deseados; iii) la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue, entre los distintos poderes del Estado, quien más y mejor se ocupó de desarrollar la temática, eligió una opción de tutela específica, que no sólo no es mencionada por la Constitución Nacional, sino que hasta su introducción pretoriana era ajena a nuestro sistema procesal por provenir del *common law*; iv) los conflictos masivos son tan antiguos como lo es la vida en sociedad. Lo novedoso, si se puede llamar así a un fenómeno incorporado hace más de veinticinco años en el vértice del ordenamiento jurídico, son los mecanismos específicos para brindar soluciones y,

⁶ "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el 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."

en este aspecto, no tiene porque haber limitaciones en la búsqueda de un sistema más completo, eficiente y desarrollado.

III.-

Didier Jr y Zaneti Jr sostienen que la especificidad del proceso colectivo está en el objeto litigioso; hay proceso colectivo si la relación jurídica litigiosa es colectiva por lo que, en al menos en uno de sus términos –activo o pasivo-, se encuentra un grupo y se involucra en la disputa un derecho o un deber o estado de sujeción de ese grupo en sede jurisdiccional⁷. El American Law Institute al establecer los principios de derecho de los procesos colectivos hace una distinción útil para diferenciar distintos supuestos: a) “Un proceso colectivo es un proceso único que abarca pretensiones o defensas sostenidas por múltiples partes o personas representadas”, dentro de la cual corresponde incluir tanto lo litisconsorcial como lo representativo en sentido amplio; b) agregaciones administrativas, refiriéndose a todos los procedimientos que permiten a los jueces coordinar procesos separados para lograr un tratamiento más eficiente en la etapa preliminar del proceso; c) agregaciones privadas, que involucran pretensiones relacionadas o defensas que tramitan coordinadamente, aunque bajo la dirección de personas privadas en lugar de jueces⁸.

No es necesario ahondar en la discusión sobre qué es lo que define el proceso colectivo⁹, resulta suficiente para el objetivo elegido a los fines de este estudio

⁷ Didier Jr, Fredie y Zaneti Jr, Hermes, Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo en el derecho brasileño, *International Journal of Procedural Law*, Volumen 7 (2017), N° 2, p. 267/275

⁸ American Law Institute, *Principios del Derecho de los Procesos Colectivos*, Reporteros Samuel Issacharoff, Robert Klonoff, Richard Nagareda y Charles Silver, Traducido por Francisco Verbic, Universidad Autónoma de México, México, 2014 (versión en ingles2010, St. Paul, MN), p. 10/15.

⁹ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryan, en su relato general presentado en el VII Congreso de Derecho Procesal celebrado en Würzburg, Alemania en 1983 describieron cuatro modelos de protección de intereses “difusos, fragmentados y colectivos”, mirados desde lo concerniente a la legitimación concedida para hacerlo; El acceso a la justicia, Movimiento mundial para la efectividad de los derechos, Informe general, La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial, 1983, p. 18.

trazar relaciones entre las tipologías de conflictos masivos y los mecanismos jurisdiccionales que puedan brindar respuestas y mostrar, como queda explicitado, que las variantes son múltiples.

El debate sobre la eficacia y sobre los sistemas es permanente. Referirse a los procesos colectivos de modo genérico, como mecanismo de tutela masiva, puede resultar una actividad a veces confusa sino se precisa a qué entorno cultural se refiere el locutor. En el derecho comparado existen distintas “familias” de procesos colectivos cuyos contornos y utilidades resultan bien diferentes¹⁰. La tendencia de los modelos es adoptar instrumentos que, aunque no se corresponden con su tradición jurídica, nutren la diversidad de mecanismos posibles para emprender la tutela de lo masivo.

La locución de origen sajón *class actions*¹¹ da cuenta de la tipología de litigio representativo (*representative suits*) que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tomado abiertamente en sus fallos como un mecanismo idóneo para tratar los conflictos colectivos¹². El eje de este sistema se centra en que una persona represente los reclamos o defensas del grupo sin que sea necesario que sus integrantes concurren personalmente al pleito, o que expresen voluntad

¹⁰ Dondi, Angelo; Ansanelli, Vincenzo y Comoglio, Paolo, Procesos Civiles en Evolución – Una Perspectiva Comparada”, traducido por José María Salgado, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 281/296.

¹¹Yeazell, Stephen C., From medieval Group litigation to the modern class action, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1987, p. 38. Ver también Giussani, Andrea, Studi sulle “class actions”, Padova, Cedam, 1996 y Bianchi, Alberto B. Las acciones de clase. Una solución a los problemas de la legitimación colectiva a gran escala, Buenos Aires, Ábaco, p. 44.

¹² Tuvo su nacimiento en la Inglaterra del siglo XVII en la *Court of Chancery*, con el denominado *bill of peace*, una suerte de recurso ante el *equity court* (tribunal de equidad). En Estados Unidos el origen de las acciones de clase se remonta al siglo XIX, cuando fueron reguladas desde 1842 en la Federal Equity Rule 48. La acción de clase, en su comienzo, era admitida cuando resultaba imposible agrupar a todos los integrantes de la clase y el juez era quien debía verificar la existencia de un interés común entre los miembros. Su formulación originaria tuvo aplicación hasta el año 1912, en que fue reemplaza por la Regla 38. Esta modificación se debió a cuestiones operativas de la herramienta puesto que se discutía si el alcance de la sentencia debía afectar, o no, a los miembros de la clase que no se habían hecho presentes en el proceso. En 1938 se sancionó la Regla 23, que importó la superación de la distinción entre la justicia de *common law* y de *equity*. Finalmente en 1966 se efectuó una nueva modificación llevándola a su estructura actual, que es actualizada y modificada en forma periódica.

alguna de quedar vinculados al resultado de ese proceso. La manifestación de voluntad, en su caso, deberá ser expresada para quedar fuera de la órbita de la demanda representativa. Por ello es denominado mecanismo de “*opt out*”. La representación adecuada es el modo en que el legitimado extraordinario se “auto postula” como el portador de la voz del grupo en conflicto y, bajo un riguroso control de sus condiciones, a efectos de garantizar la eficaz tutela de todos los derechos comunes, les hace extensivas las consecuencias de ese proceso¹³.

Brasil¹⁴, Colombia¹⁵, Canadá¹⁶, Australia¹⁷, Israel¹⁸, Argentina¹⁹, entre otros países, han tomado –con sus matices- la vía del litigio representativo desarrollada

¹³ Salgado, José María, Tutela Individual Homogénea, Astrea, 2011, p. 210.

¹⁴ Gidi, Antonio, *Class actions in Brasil. A model for civil law countries*, The American Journal of Comparative Law, n° 2, 2003; Id., Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, Universidad Autónoma de México, México, 2004; Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio, *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012. Didier Jr., Fredie y Zaneti Jr., Hermes (coords.), *Proceso colectivo*, Editora JusPodivm, Salvador de Bahía, 2016; Didier Jr., Fredie y Zaneti Jr., Hermes, *Curso de direito processual civil. Processo coletivo*, 10 ed., Editora JusPodivm, Salvador de Bahía, 2016.

¹⁵ Parra, Jairo, Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos (Colombia), Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2002; Guayacán Ortiz, Juan Carlos, Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas, Universidad del Externado, Bogotá, 2013, p. 387/390.

¹⁶ Watson Q. C., Garry D., Las acciones colectivas en Canadá, en Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003, p. 27/42337. Gonçalves de Castro Mendes, ob. cit., p. 139/145. Piché, Catherine, Evidence and provisional measures in complex litigation and class actions in Canada, I conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012, p. 159/191.

¹⁷ Wilcox, Murray, Las acciones colectivas en Australia, Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos, ob. cit.*, p. 43/56.

¹⁸ En 2006 dictó la Class Actions Law.

¹⁹ Aunque no se ha dictado una ley específica, existen fallos de la Corte Federal que han fijado esta tendencia con sustento en el art. 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional. Ver, Oteiza (coord.), *Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2006; Giannini, Leandro, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2007; Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Astrea, 2007; Meroi, Andrea A., *Procesos colectivos, Recepción y problemas*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008; Salgado, José María, Tutela individual homogénea, Astrea, 2011.

extensamente en los Estados Unidos, variando en cada caso las personas legitimadas para ejercer esa representación, las exigencias y garantías procesales con que se rodean los litigios, los efectos de la cosa juzgada, etc.

El abordaje de los conflictos colectivos no se limita, claro está, a la vía representativa, sino que la insertan en un menú de herramientas aptas para solventar conflictos masivos.

IV.-

Estados Unidos, por poner el ejemplo arquetípico donde más se han desarrollado las *class actions*, cuenta con otros dispositivos como alternativas a aquella tipología. En las esferas distritales o inter-distritales (*multidistrict-litigation*) es posible acumular o coordinar procesos relacionados; se trata de un mecanismo que facilita la resolución de diversos litigios de modo conjunto, generalmente en la etapa inicial y en algunos casos en la apelación, que involucran una o más cuestiones comunes de hecho que se encuentran pendientes de resolución en diferentes distritos federales, una vez producida la decisión por un tribunal multidistrital (*Judicial Panel for Multidistrict Litigation*) cada caso continúa con su tramitación individual²⁰. También en ese ámbito, cada vez con más frecuencia, se utiliza el *bellwether trial*, es un mecanismo informal de caso testigo que es instrumentado por la coordinación de los jueces por fuera del ámbito específico de reglas o estatutos y sirven como guía para resolver casos análogos²¹, utilizando el caso típico más representativo de un grupo de casos propuestos.

Son dispositivos orientados a simplificar trámites, compartir y economizar insumos, unificar la realización de pericias o la realización de un *discovery* coordinado, etc. Se aplica a procesos que están tramitando en los que no se

²⁰ Klonoff, Robert H. - Bilich, Edgard, K. M., *Class actions and other multy-party litigation*, St. Paul, Minnesota, West Group, 2000, p. 1121/1147. Comparando el sistema norteamericano y el brasileño, Verbic, Francisco, *El Incidente de Demandas Repetitivas en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Brasileño*, Revista de Informação Legislativa, Senado Federal do Brasil, Abril/Junho 2011, N° 190 T. I, pp. 189-201, Brasília.

²¹ American Law Institute, ob. cit., p. 10 a 48.

efectúa representación alguna a personas ausentes por lo que, a los fines conceptuales, corresponde relacionarlos con los mecanismos “*opt in*”.

En este modelo encontramos, también, dentro del marco de la regulación de la Regla 23 norteamericana, autores que postulan, en base al análisis de la conformación de las distintas clases, que se pueden adoptar sistemas diferenciados; es decir, el uso del sistema “*opt in*” para los casos de daños individuales que, no obstante caer bajo la calidad de individuales homogéneos, justificarían el interés individual en efectuar el reclamo particular. De ese modo, conformando un único proceso sobre el que se estipula que debe formularse la opción de ingreso, se sostiene, que se simplifica notoriamente el trámite²².

Finalmente, y no se trata de un aspecto menor sino todo lo contrario, la tradición jurídica del *common law*, hace que los precedentes judiciales participen de modo principal en la formación del derecho²³. Entonces, mediante el “*stare decisis et quia non movere*”²⁴, se impone que las decisiones de los jueces o tribunales tomadas después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, sea una autoridad o precedente obligatorio para este tribunal y para los tribunales de igual o inferior rango, en los casos en los cuales se presenten en el futuro y que se debata la misma cuestión.

Este sistema, especialmente en lo referido al *judicial review of law* en materia de control de la legitimidad de las leyes, brinda respuestas más allá de los casos que son decididos y, por ello, también debe ser considerado dentro de lo que, en ese contexto cultural, integra los mecanismos de resolución de conflictos masivos. Inevitablemente en esta vertiente debemos sumar, en aras de analizar los efectos generales de las decisiones judiciales, que la Suprema Corte de aquel país –en

²² Dodson, Scott, An Opt-In Option for Class Actions (February 16, 2016). 115 Michigan Law Review 171, 2016; íd., "Civil Procedure: Certifying an Opt-In Class under Rule 23," The Judges' Book: Vol. 1, Article 7, 2017.

²³ Micheli, Gian Antonio, Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto: Case law e stare decisis, Pubblicazioni della R. Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, Pavia, 1938, Nº 83, p. 14.

²⁴ Del latín, “estar a lo decidido sin alterarlo”.

algunos casos- recurre al *facial challenger*, es decir por un confronte internormativo entre la norma y la Constitución, generando respuestas más allá del caso que es sometido a análisis²⁵.

Brasil, ejemplo de un país de tradición continental, también muestra múltiples carriles para lo masivo. Como lo hemos referenciado, fue pionero en la región al regular la vía colectiva²⁶, como un mecanismo de tutela representativo siguiendo la línea "*opt out*"²⁷. Se trata de una herramienta que resguarda diversas situaciones jurídicas, reconoce legitimación al Ministerio Público, la Defensoría Pública, al Estado Federal y a los distintos Estados y Municipios, empresas públicas, fundaciones y asociaciones²⁸, con efectos de la cosa juzgada que consideran lo sucedido en el proceso (*secundum eventum litis*), fundamentalmente solo beneficiando a los miembros del grupo y, en general, sin perjudicar sus acciones personales, aunque clausurando la posterior demanda colectiva²⁹. Pendiente la vía colectiva, el miembro del grupo cuenta con la posibilidad de ejercer el derecho de exclusión y postular el reclamo individual.

El proceso colectivo se complementa con otras herramientas orientadas a brindar respuestas masivas. Ciertos conflictos colectivos encuentran solución a través del enjuiciamiento de casos repetitivos³⁰. Mediante el incidente o recurso repetitivo se obtiene una solución para todos los casos cuyas cuestiones jurídicas

²⁵ Dorf, Michael C., Challenges to State and Federal Statues, 46 Stan. L. Rev. 235; Fallon, Richard H. Jr., As-applied and facial challenges and third-party standing, 113 Harv. L. Rev. 1321; Isserles, Marc E., Overcoming overbreadth: facial challenges and the valid rule requirement, 48 Am. U.L. Rev. 359.

²⁶ Acción Civil Pública, Ley 7347/85; Código del Consumidor sancionado el 11 de septiembre de 1990, ley 8.078, arts. 81 a 100.

²⁷ Pellegrini Grinover, Ada, I processi collettivi dei consumatore nella prassi brasiliana, Riv. Dir. Pro., Bologna, Cedam, 1994, p. 1106.

²⁸ Cuyas finalidades institucionales sean la protección del patrimonio público y social, el medio ambiente, al consumidor, al orden económico, a la libre competencia, a los derechos de grupos raciales, étnicos o religiosos o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico.

²⁹ Arts. 103 y 104 del CDC). Denominada preclusión unilateral modificada.

³⁰ arts. 928 y 976 y sgts. del Código Procesal Civil sancionado en 2015.

procesales o sustanciales se reiteren en los juicios pendientes, con la particularidad de circunscribir de un modo más exhaustivo la –a veces- escasa homogeneidad que puede existir entre los casos que dicho mecanismo viene a resolver³¹. La vía es muy versátil y especialmente apta para dirimir cuestiones cuya homogeneidad es limitada a ciertos aspectos, aunque las distintas relaciones jurídicas puedan ser sustancialmente diversas en lo restante. Tal el caso, por ejemplo, del derecho a una justicia gratuita, que puede ser homogéneo en distintos juicios, sin que el objeto central de cada uno de ellos tenga necesariamente alguna similitud. Se trata de un dispositivo cuyo objetivo es evitar la dispersión de la jurisprudencia, definir soluciones uniformes para cuestiones que se plantean en procesos pendientes y permitir el enjuiciamiento inmediato de todos ellos con un mismo sentido³². La cuestión de los casos repetitivos puede ser promovida de oficio por el juez, por el Ministerio Público, la Defensoría Pública o la parte de cualquier proceso pendiente, genera un precedente obligatorio para los casos análogos que se encuentren en trámite, los que son suspendidos en tanto es resuelto el incidente. Evidentemente la modalidad es útil para algunos conflictos, más económica y sencilla en comparación con la que usualmente propone un sistema representativo; aunque será inapropiada para otros, por no poder abordarlos adecuadamente, en orden a la complejidad de las relaciones materiales involucradas y los objetivos buscados.

Además, el control de constitucionalidad que originariamente tomó el sistema difuso, concreto e incidental al modo norteamericano³³, con el tiempo incorporó la

³¹ El sistema se inspiró en el *Multidistrict Litigation* norteamericano, en el *Musterverfahren* alemán y en el *Group Litigation Order* inglés. Zaneti Jr, Hermes, *Proceso colectivo en Brasil, ¿Éxito o decepción?*, inédito.

³² Didier Jr, Fredie y Zaneti Jr, Hermes, *Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo en el derecho brasileño*, *International Journal of Procedural Law*, Volumen 7 (2017), N° 2, p. 267/275.

³³ Artículo 5º, inciso XXXV, de la Constitución brasilera de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

modalidad concentrada, abstracta y principal de vertiente austríaca³⁴, conformando un sistema mixto apto para brindar, cuando el conflicto gira en torno al cuestionamiento de una norma, soluciones a conflictos masivos³⁵. A ello se suma la posibilidad de emitir precedentes formalmente vinculantes con efectos generales (*erga omnes*) por el Superior Tribunal Federal que son resumidos en sùmulas³⁶, conforme lo autoriza la Constitución³⁷.

V.-

Los países europeos, en cambio, han tenido mayor resistencia a adoptar la matriz representativa y se ha difundido mayormente³⁸, en el contexto cultural del *civil law*, el mecanismo del *opt-in*. En general se confía en un sujeto legitimado, no comprendido directamente en el conflicto, al que se considera institucionalmente

³⁴ Artículo 102, inciso I, de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole: 1. procesar y juzgar, originariamente: 1. la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales;”

³⁵ Clève, Clémerson Merlin, A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; Barroso, Luís Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004; da Silva Ramos, Elival, Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de Evolução. São Paulo: Saraiva, 2010; Marinoni, Luiz Guilherme Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 707/1.199; Zavaski, Teori Albino, Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, Revista dos Tribunais, 2012.

³⁶ Ver Zaneti Jr, Hermes, O valor vinculante dos precedentes. Teoría dos precedentes normativos formalmente vinculantes, 3 Ed., JusProdivm, Salvador, 2017.

³⁷ Enmienda Constitucional N° 45, que añadió el artículo 103-A de la Constitución brasileña. “El Supremo Tribunal Federal podrá, de oficio o a petición de parte, por decisión de dos tercios de sus miembros, después de repetidas decisiones sobre asuntos constitucionales, aprobar una sùmula que, desde su publicación en la prensa oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal así como proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida por la ley.”

³⁸ Merece destacarse el caso español que, con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, excepcionalmente ha seguido un sistema representativo aunque limitado a los usuarios y consumidores. Silgueiro, Joaquín, “Las acciones colectivas de grupo en España”, Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, ob. cit., p. 337. También el portugués, regulado en la ley 83/95, que tiene un espectro más amplio de aplicación, ver Lebre de Freitas, José, La acción popular en el derecho portugués, Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, ob. cit., p. 381/401. Gonçalves de Castro Mendes, ob. cit., p. 129/138.

representativo de los intereses del grupo y se espera la adhesión de los individuos virtualmente interesados en el litigio que él conducirá. Es usual en estas legislaciones que exista una delimitación objetiva de los ámbitos de aplicación de este tipo de instrumentos a sectores específicos de particular relevancia social, como la tutela de los consumidores y de los inversores, instrumentando acciones colectivas resarcitorias.

La normativa comunitaria, por su parte, ha marcado un piso mínimo mediante directivas de protección de los consumidores³⁹, que no cambia el rumbo elegido por la mayoría de los países que componen ese bloque regional y que propicia un régimen de *opt-in* y rechaza los mecanismos representativos de las *class actions*⁴⁰. Esto no ha limitado, sin embargo, la imbricación de los modelos.

En Alemania, por ejemplo, existen tres formas de implementar acciones colectivas: a través de las acciones promovidas por asociaciones (*verbandsklage*), el mecanismo de la causa modelo (*musterverfahren y musterrklage*) y las acciones de grupo propiamente dichas (*sammelklage*).

³⁹ La Directiva 98/27/CE se refiere a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (modificada por la 2009/22/CE) que se podrán interponer ante los órganos jurisdiccionales competentes en cada Estado miembro en caso de infracción cometida por un operador comercial de otro país. Respecto al reconocimiento y ejecución de sentencias colectivas transfronterizas ver Armenta Deu, Teresa, Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 115/124.

⁴⁰ Ver la conclusión 16 del COM(2013) 401 final, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo», “El CESE acoge favorablemente que la Comisión Europea rechace el modelo estadounidense de las «class actions»: precisamente una acción colectiva conforme al Derecho europeo no puede constituir una «class action» del tipo existente en los EE. UU. Las medidas de seguridad previstas por la Comisión Europea a este respecto son adecuadas y razonables. Es justo que se rechacen los pactos de cuota litis por la prestación de servicios jurídicos —que incentivan los litigios- y las sanciones punitivas. Deben revisarse las normas relativas a la legitimación de los demandantes y la imposición de las costas desde el punto de vista del acceso a la justicia.”

Más recientemente, mediante la Directiva COM (2018) 184 final 2018/0089 (COD), se modernizó y sustituyó la 2009/22/CE, aunque manteniendo en lo que aquí interesa la misma línea de trabajo en lo relativo a los instrumentos de tutela, que hacen foco en las entidades especialmente habilitadas a interponer acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

El primer caso, considerado excepcional en el derecho alemán, se encuentra habilitado para sectores determinados: derecho a la competencia, competencia desleal, defensa del consumidor y regulación de las condiciones generales de contratación. Se trata de pretensiones de cesación, sin posibilidad de reclamos por compensaciones indemnizaciones o tutelas que representen derechos ajenos; la asociación persigue la defensa de un interés propio, aunque también resguarda los intereses de un grupo determinado, siempre que esté habilitada para ello en su estatuto. La asociación debe estar inscrita en un registro oficial para obtener legitimación, lo que de todas maneras no es suficiente -de acuerdo a la experiencia empírica- para concluir que no existen conflictos de interés. La resolución a la que puede arribarse mediante dicha actuación consiste en la recuperación, a nivel general, de los ingresos ilícitos y no beneficia a los afectados individualmente quienes deberán hacer sus propias reclamaciones. El sistema no encuentra respuesta para el problema de los *small claims*⁴¹.

El proceso modelo o proceso patrón, por su parte, tiene efectos de prejudicialidad sobre las demandas análogas. Se trata de una decisión de derecho adoptada en una causa individual que, en la medida que demuestre una importancia significativa de la decisión para otras causas con contenido similar, es inscrita por el juez en un registro electrónico de libre acceso⁴². No se produce

⁴¹ Koch, Harald, "Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán", p. 235 y Walter, Gerhard, "Litigios de responsabilidad civil extracontractual en masa en Alemania y Suiza", p. 251 en Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos, ob. cit.*, Palinchadell Gargallo, Andrea, Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado, Tirant, Valencia, 2014, p. 420/475.

⁴² Pérez Ragone indica que, "A partir de la fecha de publicación del procedimiento declarativo patrón ninguna otra acción sobre la misma cuestión. Durante el proceso un consumidor registrado no puede iniciar una acción contra el demandado cuyo tema se relaciona con los mismos hechos de la vida y los mismos objetivos. Se permite la transacción según el § 611 que puede concluir con efecto a favor y en contra de los consumidores registrados. La transacción debe contener reglas sobre los beneficios atribuidos a los consumidores registrados, la prueba de elegibilidad que deben proporcionar los consumidores registrados; la fecha de vencimiento de los servicios y el reparto de costas entre las partes. El acuerdo requiere la aprobación del tribunal. El tribunal aprobará el acuerdo si lo considera un acuerdo amistoso apropiado de la disputa o la incertidumbre de los reclamos o las relaciones legales notificadas, teniendo en cuenta los hechos y las disputas del momento. El permiso es emitido por decisión sin oposición. Finalmente, según el §612 el modelo o patrón que emita el fallo se hará público después de su promulgación en el registro de la

aquí una unión de los miembros del grupo, sino que las decisiones serán tomadas individualmente con una base homogénea, aunque sin relevar la necesidad de la promoción individual de la demanda, lo que constituye una barrera para su utilidad práctica y no consigue descargar el trabajo y los costos que la multiplicidad de procesos idénticos irrogan en el sistema. Lo dicho también revela, en este carril, la ausencia de representatividad. La elección del demandante modelo, por su parte, se hace de oficio por el tribunal, que a ese efecto se basa en parámetros de temporalidad –quien primero presentó la reclamación- y de cuantía –la más onerosa-⁴³.

Las acciones de grupo propiamente dichas han sido instadas por la doctrina en el mercado de capitales y resultan ser la especie más parecida a la tradicional *class action*. Son postuladas para determinar la responsabilidad por la información y la protección del inversor. Están dispuestas a favor de las asociaciones de consumidores, que los representan, pero sólo funcionan si el número de sujetos no es demasiado alto y pueden ser identificados con facilidad.

En el caso italiano se legisló, bajo el título “*azione collettiva*” dentro del Código del Consumidor⁴⁴, un mecanismo que fue de escasa utilización y que fue definido como litisconsorcio facultativo “agregado”, ya que se trataba de una posibilidad de gestión conjunta de acciones individuales, puesto que los consumidores o usuarios que pretendían valerse de la tutela debían comunicar la propia adhesión, por escrito, al proponente de la acción colectiva⁴⁵. Recientemente se ha sancionado una nueva normativa que instala el mecanismo en el *Codice di*

demanda.” Pérez Ragone, Álvaro J. D., La protección de los consumidores en Alemania: breve panorama, La Ley, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC , 813, AR/DOC/671/2019.

⁴³ Como puede advertirse no existe una verdadera constatación de la idoneidad, eje de los litigios colectivos representativos, sea para postular como para ejercer la defensa.

⁴⁴ Art. 2, parágrafo 446, de la ley 224/2007, que agregó al Código del Consumidor el art 140 bis. Entró en vigor el 1 de enero de 2010 y sufrió modificaciones por las leyes 1 y 27 de 2012.

⁴⁵ Caponi, Remo, Litisconsorzio “agregatto”. L’ azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2008, p. 822.

*Procedura Civile*⁴⁶, aunque entrará en vigencia en 2020⁴⁷. Se trata de un cambio que intenta ampliar tanto el objeto para el cual puede ser usada la vía procesal, más allá de las cuestiones de consumo, y los sujetos legitimados para interponerlas⁴⁸. La particularidad, respecto al sistema que viene a modificar, es que los miembros del grupo pueden adherir al proceso al comienzo o con la sentencia que acoge la demanda. Más allá de los cambios, que podrán modificar el estado de estancamiento en el uso de la herramienta, se mantiene el sistema *opt-in*, que resultará útil en ciertos supuestos, aunque limitante de la posibilidad real de acceso a la jurisdicción en otros⁴⁹.

La *action de groupe* francesa⁵⁰ se caracteriza por su atribución exclusiva a asociaciones registradas en cada ámbito de aplicación y son herramientas destinadas a sectores determinados como el consumo, el medio ambiente, la salud, la protección de las discriminaciones y los datos personales. Solo aquellos que decidan adherir al reclamo (*opt-in*), una vez determinada la responsabilidad, podrán beneficiarse con sus resultados cuando la sentencia resulta favorable al grupo. El mecanismo se enrola en la acción colectiva resarcitoria, con ausencia de

⁴⁶ Ley 31 del 12/4/2019.

⁴⁷ 19/04/2020.

⁴⁸ Organizaciones y asociaciones sin fines de lucro (inscritas en un registro del Ministerio de Justicia) y miembros de la clase (art. 840 bis CPC).

⁴⁹ Taruffo, Michele, *La tutela colectiva: interesse in gioco ed esperienze a confronto*, Riv. Tri. Dir. Processuale Civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, p. 532; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La acción colectiva resarcitoria en el código italiano de protección de los consumidores. Paralelismo con la normativa argentina*, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1ª Serie, 2ª época, vol. LIV-47, p. 51 a 134; Giussani, Andrea, “La disciplina de las acciones colectivas en el derecho procesal italiano”, p. 331; todos en la obra colectiva Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, ob. cit..

⁵⁰ Recién en 2014 se instauró la acción de grupo en el Código del Consumidor, en 2016 entró en vigor la acción de grupo en el Código de Salud Pública y en noviembre de ese año se adoptó la Ley de Modernización de la Justicia del Siglo XXI, intentando buscar un marco común para todas ellas. Azar-Baud, María José, Nuevas acciones de grupo en el Derecho francés, La Ley, Buenos Aires, 17 de febrero de 2017. Boré, Louis, “La defensa de los intereses colectivos frente a las jurisdicciones francesas”, en Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, ob. cit., p. 283.

legitimación y participación de los miembros individuales del grupo y se destinan únicamente al resarcimiento de daños patrimoniales con exclusión de compensaciones por daños no patrimoniales.

En el modelo inglés se presenta la posibilidad de efectuar reclamos representativos (*Civil Procedure Rules* 19.6), aunque resultan poco comunes en la práctica, sea por el elevado riesgo que implican para el demandante quien debe exponerse, eventualmente, a tener que abonar los costos del reclamo en forma personal y a una interpretación restrictiva de la noción de interés común por parte de los tribunales, que impiden que esta clase de litigios concluyan con una indemnización a favor de los representados. En 2009 se rechazó una propuesta de legislar acciones de clase genéricas *opt-out*, que hubiera significado un mecanismo transversal que alentara su uso.

Las órdenes de litigación grupal (*Group Litigation Order*) son el pilar del sistema inglés para los procesos con partes múltiples, basado en el mecanismo *opt-in*. Se trata de un modo particular de acumulación múltiple que incorpora una lista de las demandas en un registro de grupos⁵¹. La noción de *representative action*, utilizada cuando la entidad del perjuicio individual priva de posibilidades a las acciones individuales, resulta impracticable; contradictoriamente se exige consentir a todos los interesados la adhesión a la clase (*opt-in*), para la consiguiente extensión a su respecto del resultado de la controversia.

Dentro de los ámbitos europeos operan, por lo demás, sistemas de control de constitucionalidad concentrados, en los cuales –en términos generales- las decisiones sobre la invalidación de las normas tienen efectos *erga omnes*, lo que constituye otro mecanismo masivo de resolución de conflictos⁵².

⁵¹Andrews, Neil, Justicia Civil Inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias, Trad. Álvaro Pérez Ragone y Antonio Morales Mutis, Temis, Bogotá, 2013, p. 209/226. Mulheron, Rachael, Report on aspects of collective (class) actions in England and Wales, I conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012, p. 115/133.

⁵² Cappelletti, Mauro, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973; Fernández Segado, Francisco, La justicia constitucional ante el siglo XXI. La

VI.-

Los modelos referenciados dan cuenta de una imbricación de las distintas herramientas. En general se advierte una menor expansión de los mecanismos representativos en comparación con los adhesivos (“*opt in*”). Es usual que aquellos sistemas que han incorporado la primera vía, cuenten con mecanismos adhesivos; esa lógica no se presenta del modo inverso. Esto se debe a la potencialidad de los instrumentos y, por ende, a la mayor aversión de quienes tienen el poder de regularlos. Existen, a su vez, ciertos mitos en torno a lo que puede suceder con las *class actions*, que fundamentalmente provienen de mala información a su respecto. El uso abusivo del mecanismo procesal no parece ser una calificación que les resulte exclusiva. En todos los ámbitos se generan espacios no imaginados en los que se intentan sacar réditos mediante el uso desviado de los procesos. Sin embargo, el litigio representativo presenta posibilidades de abordaje de los casos y prestaciones que el sistema no puede brindar por otros carriles⁵³. Esa afirmación permite válidamente concluir que, no obstante que usualmente se los mencione como tales, los mecanismos *opt-in* y *opt-out* no pueden sustituirse entre sí, ni reemplazarse. Por el contrario, se trata vías que pueden resultar más o menos útiles de acuerdo al conflicto en concreto al que se enfrenten⁵⁴.

Un campo en el cual el proceso colectivo representativo encuentra sustanciales ventajas en su utilización, que desde la mirada de la organización democrática del Estado hoy no encuentra otro reemplazo, son los conflictos de interés público y/o la discusión sobre políticas públicas. El debate en torno a la

progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2003; Sistemi e modelli di giustizia costituzionale, a cura di Mezzetti, Luca, Padova, Cedam, 2009.

⁵³ El acceso a la justicia de grupos de personas vulnerables, desprotegidos, relegados o desaventajados; la eficiencia y efectividad en la resolución de conflictos de gran escala; soluciones igualitarias; discusiones amplias, públicas, participativas y transparentes que permiten expresar y considerar todos los argumentos relevantes y el control social de los operadores del sistema.

⁵⁴ Taruffo, Michele, Notes on the collective protection of rights, I conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012, p.23/30.

potestad y capacidad judicial para tomar esta clase de decisiones no será abordado en esta presentación⁵⁵, sólo nos quedaremos con la premisa de que se trata de la mejor vía procesal para receptor estos conflictos. Señalando al litigio dialogal⁵⁶, de matriz representativa, como un mecanismo eficiente para diluir las objeciones al poder contramayoritario de los jueces⁵⁷ y capaz de canalizar las tensiones democráticas en la discusión de la política pública⁵⁸.

Las versiones no representativas, en esta vertiente, resultan inoperantes para receptor la pluralidad y multipolaridad de intereses que se presentan en este tipo de conflictos y, en definitiva, no garantizan el debido proceso. Tampoco lo hacen aquellos sistemas representativos que asignan la posibilidad de conducir el reclamo a ciertas personas jurídicas controladas por el propio Estado, ya que por definición limitan las verdaderas posibilidades de esta clase de litigios. Este aspecto no es menor, ya que en el debate público no hay posibilidad de solicitar el *opt out* dada la propia naturaleza de la decisión, de modo que el espacio participativo es central para tener el día ante el tribunal⁵⁹.

⁵⁵ Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, Harvard Law Review, v. 89 (1976), 1312. Sabel, Charles - Simon, William H., *Destabilizing rights: how public law litigation succeeds*, 117 Harv. L. Rev., 1015, February, 2004, p. 80/82. Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University Press, (1986). Issacharoff, Samuel, *Acciones de Clase y Autoridad Estatal*, Revista de Derecho Procesal Tomo: 2013 - 1. Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales, Rubinzal Culzoni, RC D 920/2015. Curtis, Christian, *Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales*, en Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí, Roberto Bergalli y Claudio Martyniuk (compiladores), Buenos Aires, Prometeo, 2003. Ely, John H, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997; Cappelletti, Mauro, *¿Jueces legisladores?*, Communitas, Lima, 2010, p. 147.

⁵⁶ Gargarella, Roberto, *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*, en Gargarella (compilador), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo Veintiuno, 2014, p. 119/158.

⁵⁷ Salgado, José María, *El proceso colectivo y la política pública. Un sistema en construcción*, LL, 30/6/2015, AR/DOC/1998/2015; Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Volumen 2015-2, p. 229/245.

⁵⁸ Holmes, Stephen, *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 217 a 262.

⁵⁹ Es necesario, cuando trabajamos con un conflicto de estas características, verificar la idoneidad de aquel que toma la dirección del proceso. Cuando no hay ningún tipo de control, y sólo se constata la inscripción de la asociación en un registro, no existe análisis sobre la sinceridad del planteo, su correcto manejo, la solidez

Los mecanismos representativos deben ser considerados como formas generales de protección de tutela de derechos, sin limitaciones a particulares categorías de sujetos o a tipos específicos de relaciones jurídicas⁶⁰.

Cuando se requiere actividad por parte de los integrantes del grupo expresando su voluntad de adherir al proceso (*opt-in*), fundamentalmente en los derechos individuales homogéneos, aunque pueden resultar mecanismos útiles en algunos casos, en otros se revelan poco efectivos. Cuando el valor individual es bajo, la ausencia de un proceso representativo constituye un obstáculo. La motivación individual, sea para demandar o para adherir a un reclamo grupal, carece del incentivo suficiente para hacerlo. Un parámetro para establecer el grado de viabilidad de la postulación colectiva en contraposición con las individuales o de adhesión, es balancear el grado de variación existente entre las pretensiones individuales que definan el núcleo fundamental de la disputa y el grado de viabilidad en la realización individual de cada una de ellas⁶¹.

En esa línea, no puede dejar de señalarse que las demandas colectivas pasivas o mixtas resultan impracticables bajo los parámetros de los sistemas *opt-in* e incluso también fracasan en sistemas representativos que no pivotan en el instituto de la representatividad adecuada como un eje central del sistema, dadas las insalvables dificultades que presentan a la hora de imponer su resultado con efectos preclusivos.

de las argumentaciones, la investigación del caso, los conflictos de interés con la contraparte y con el grupo representado, entre otras cuestiones relevantes, nos expone –justamente– a los abusos procesales que referíamos.

⁶⁰ Taruffo llega a esa conclusión a la luz de la enseñanza que brinda la experiencia norteamericana. El profesor italiano critica aquellos proyectos que se dedican a introducir mecanismos de protección colectiva de los usuarios y consumidores afirmando que ellos son discutibles por defecto, ya que no sólo los consumidores pueden ser víctimas de ilícitos que afecten a una pluralidad de personas. Taruffo, Michele, La tutela colectiva: interesse in gioco ed esperienze a confronto, Riv. Tri. Dir. Processuale Civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, p. 530.

⁶¹ Issacharoff, Samuel, Class Action Conflicts, 30 U.C. Davis L. Rev., 1997, 805, 831-832; Issacharoff, Samuel, Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience, 34 Tex. Int'l L.J., 1999, 135, 149, ambos citados en American Law Institute, Principios del Derecho de los Procesos Colectivos, p. 126.

Nada obsta, como sucede en los Estados Unidos y en Brasil, que un sistema provea mecanismos adhesivos (*opt-in*), de procesos modelo, de demandas repetitivas, mecanismos de precedentes formalmente vinculantes, de control de constitucionalidad concentrado y directo, etc., para resolver ciertos conflictos colectivos, cuando la morfología de la cuestión lo permita. Es más, muchas veces es deseable contar con ellos pues se presentan como herramientas que, con menores costos y de modo más directo y preciso pueden afrontar las necesidades de ciertos conflictos, sin tener que acudir a vías de estructuras más complejas.

VII.-

La lucha de Don Quijote contra los molinos de viento es un párrafo muy conocido en la literatura universal, con el que pueden trazarse diversos paralelismos. El más evidente es aquel que posiciona a los mecanismos masivos como instrumentos potentes, gigantes que atemorizan a los poderosos. Otra mirada es la lucha en disparidad, el litigio tradicional –arcaico- como mecanismo, no de pacificación, sino de adormecimiento y de naturalización de conflictos, de inequidades y de perjuicios. El enfrentamiento de Don Quijote es también la descripción de la obsesión por las aventuras de caballería, que lo hacen enloquecer y ver gigantes en la planicie manchega.

En un contexto cultural como el argentino, las distancias con ordenamientos comparados -en lo que hace a mecanismos de tratamiento masivo- son tan evidentes como abismales; Alonso Quijano lucharía, en nuestro caso, contra la ignorancia y el miedo, dos gigantes invisibles para muchos. Estamos acostumbrados a que los cambios estructurales, aquellos que realmente aportarían una mejora sensible en las condiciones de vida, demoren inexplicablemente. Las masas críticas de ciudadanos que portan pretensiones insatisfechas, que constituyen conflictos o casos judiciales masivos, nos deben hacer tomar la cuestión atinente a ampliar los mecanismos para su tratamiento con empeño quijotesco.

Conclusiones:

Los mecanismos representativos deben establecerse de modo transversal en el sistema, sin limitación a objetos o a sujetos específicos.

El sistema *opt-in* no reemplaza, ni es sustituto del mecanismo colectivo representativo.

Determinados conflictos colectivos sólo pueden ser tratados apropiadamente mediante la pretensión o la defensa representativa.

Los reclamos individuales homogéneos de bajo valor o interés individual, como los derechos colectivos de naturaleza indivisible relativos a la discusión de políticas públicas o al funcionamiento del Estado, no encuentran cauce en mecanismos adhesivos y quedan fuera de sus posibilidades. En ellos el ejercicio de la representatividad adecuada es una garantía elemental del resguardo del debido proceso de los derechos del grupo o clase.

El sistema se enriquece, se hace más eficiente y completo en tanto pueda abordar de modo preciso, en menor tiempo y con menores costos cada conflicto masivo, si a la par del mecanismo representativo, se disponen otras vías de abordaje, como las demandas adhesivas, los recursos repetitivos, los casos modelo, los precedentes formalmente vinculantes o sistemas de control de constitucionalidad mixtos, en miras a dar soluciones que, de modo controlado, brinden soluciones masivas y/o trasciendan los límites casos en que son adoptadas.