

Derechos colectivos:

“¿Qué tan difusos pueden ser los intereses protegidos constitucionalmente?”¹

Por Germán González Campaña

Sumario: 1.- Introducción. **PRIMERA PARTE: DERECHO NACIONAL.** 2.- Intereses difusos y derechos colectivos: tendencia de un época. 3.- ¿Dónde estamos hoy? 4.- Conclusiones sobre el derecho nacional. **SEGUNDA PARTE: LAS ACCIONES DE CLASE EN EL DERECHO NORTEAMERICANO (UN PANTALLAZO).** 1.- Legitimados. 2.- Costas y honorarios. 3.- “Cuestiones comunes” que autorizan las acciones de clase. 4.- Tendencia norteamericana a restringir las acciones de clase

1. Introducción

El tema sobre el que se me ha invitado a disertar gira en derredor de los derechos colectivos. Hablar, con un mínimo de seriedad, de los llamados “intereses difusos” debería ser objeto de una jornada en sí mismo, aún si nos limitáramos a nuestro derecho local. Ello, pues analizar el asunto de derechos colectivos implica adentrarse en delicadas y variadas cuestiones constitucionales y procesales. Sólo por citar algunas: la acción de amparo colectiva (y también el llamado habeas corpus correctivo colectivo), las acciones de clase en el derecho comparado, la tutela del consumidor y del medio ambiente, la legitimación procesal, la representatividad adecuada, el alcance de la cosa juzgada, las garantías del debido proceso, etc.

De todo este abanico de cuestiones sólo habré de detenerme ocasional o incidentalmente en algunas de ellas, lo que me obligará a dar por sentado que estos temas son sabidos o al menos conocidos, así sea superficialmente, por todos ustedes. Mi propósito es tratar de pensar en voz alta y compartir con el auditorio algunas cuestiones prácticas que se presentan a la hora de implementar los procesos colectivos, sobre todo, a la hora de

¹ Texto de la disertación presentada en las “I Jornadas de Derecho Constitucional del GCBA”, organizadas por el Centro Federal de Estudios de Derecho Público y el Instituto Superior de la Carrera del GCBA, celebradas los días 29 y 30 de noviembre de 2011 en el Salón San Martín de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

amoldarlos a los institutos previstos en nuestros códigos procesales y a los peligros que presenta la importación lisa y llana –sin las adaptaciones indispensables- de institutos que funcionan adecuadamente en otros medios, pero no necesariamente en el nuestro - me estoy refiriendo a las acciones de clase.

Mi intención es hacer un paneo sobre los temas que han suscitado conflicto y discusiones en torno de los derechos colectivos en los últimos años, tanto en nuestro país como en los Estados Unidos. Con ello habré de demostrar qué distintas son las inquietudes que suscitan a un extremo y otro del continente, y qué inapropiado es la copia lisa y llana de los instrumentos con que se abordan esas problemáticas tan disímiles.

PRIMERA PARTE: DERECHO NACIONAL

2. Intereses difusos y derechos colectivos: tendencia de un época

No soy muy amigo de las definiciones ni de los encasillamientos. Menos aún de indagar en la naturaleza jurídica de los institutos ni en remontarme a sus orígenes históricos. Pero algo de esto voy a tener que hacer para poder entrar la cuestión tan en boga últimamente de los *“intereses plurindividuales homogéneos”* y de la supuesta exigencia constitucional de regulación de las acciones de clase.

Nuestro proceso civil ha sido, desde sus orígenes, una contienda entre dos partes, las que pueden ser individuales o incluso plurales, aceptado nuestros códigos procesales las figuras del litisconsorcio activo y pasivo. Estos pueden ser muchos, incluso cientos, pero siempre nos encontramos ante dos partes claramente diferenciadas y de intereses contrapuestos.

El fenómeno de los procesos colectivos es algo relativamente reciente. Aparece – entre nosotros – con todo vigor en la **década del '90, con el auge del consumo y la privatización de los servicios públicos**. No por nada la primera recepción legislativa del proceso colectivo se da con la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240 de **1993**) que en su art. 52 (en su redacción original) facultaba al consumidor o usuario y a las asociaciones de consumidores y usuarios a entablar acciones judiciales.

Como sucedió con muchos otros aspectos “novedosos” de entonces, ese derecho consagrado legalmente en **1993** se petrificó en la reforma constitucional de **1994**. Es decir, en menos de un año de puesta en marcha, cuando todavía no se contaba con la experiencia necesaria para saber los beneficios o defectos del sistema.

También, y esto sintomático de la última reforma constitucional, no sólo se *cristalizó* en el texto constitucional las noveles tendencias de entonces, sino también su aplicación jurisprudencial (así sucedió, por ejemplo con los decretos de necesidad y urgencia aceptados en el caso *Peralta* de 1990, o la delegación legislativa admitida en el caso *Cocchia* de 1993, entre otros institutos).

De allí que los constituyentes del '94 dieron cauce al proceso colectivo, pero pensado sólo como una ramificación del **proceso de amparo**, que tras casi 40 años de creación pretoriana ingresaba formalmente a la Constitución. Y dentro de ese “amparo colectivo”, como única visualización del proceso colectivo, se dio “legitimación procesal” además de los usuarios y consumidores, a las asociaciones que los protejan y al defensor del pueblo, órgano totalmente nuevo para la época, que había sido creado seis meses antes, por Ley 24.284.

Es decir que, contra nuestra tradición centenaria, se dieron **tres pasos enormes en poco más de un año**: se reconocieron derechos y acciones colectivas para usuarios y consumidores y las asociaciones de defensa de los mismos (1993), se creó la figura del Defensor del Pueblo también en 1993, y se le otorgó facultades para intervenir en asuntos que “afecten intereses difusos o colectivos” (art. 14 de la Ley 24.284, en su redacción original).

Al año siguiente estas reformas legales se incorporaron en la Constitución nacional, que reconoció el derecho a un ambiente sano de todo habitante (art. 41), los derechos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios, incluido el de constituir asociaciones que protejan sus derechos (art. 42), la acción expedita de amparo como medio de tutela del “ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general” (art. 43, 2º párrafo), reconociéndole expresa legitimación procesal al novel defensor del pueblo, ahora constitucionalizado (art. 86, 2º párrafo).

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada dos años más tarde, siguió los mismos lineamientos generales, más allá de las particularidades. De hecho, es más amplia en cuanto a las materias alcanzadas por el vago concepto de *intereses difusos*, al incluir los siguientes:

- *La discriminación en cualquiera de sus formas,*
- *la protección del ambiente*
- *del trabajo y la seguridad social,*
- *del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad,*
- *de la competencia,*
- *del usuario o del consumidor.”*

Al igual que la Constitución nacional, la carta porteña crea la figura del defensor del pueblo, y lo faculta para intervenir en la defensa de los derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en el orden nacional o local (art. 137, CCABA).

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que la cito por ser la del principal Estado que compone nuestra Nación, y que fue sancionada apenas 20 días más tarde que la reforma nacional (!) repite a rajatabla los lineamientos de ésta, admitiendo la acción de amparo, lisa y llanamente, contra todo acto que afecte “el ejercicio de los derechos constitucionales individuales o colectivos” (art. 20.2), aunque insólitamente establece que no procederá contra *leyes*, pese a que más tarde dispone que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la *norma* en que se funde el acto u omisión lesivos.

Es decir que, promediando la década (1993/96) asistimos a un cambio copernicano de paradigmas: al proceso civil tradicional de dos partes enfrentadas, cada una defendiendo un **derecho subjetivo** que es el que le da un “**interés**” para intervenir en el pleito, se suman otras personas que pueden reclamar, ya no sólo por “derechos subjetivos” afectados (**individualmente**), sino por derechos compartidos con un sinnúmero de sujetos que también se dicen afectados (**colectivamente**) por una ley, una reglamentación o un acto, o sencillamente por una omisión por parte de las autoridades, en cualquiera de sus niveles.

Imposible asimilar semejante revolución procesal en tan poco tiempo. Se puede decir que la digestión de estos cambios comenzó a sentirse a finales de esa década, con la negación

de legitimación al defensor del pueblo para actuar ante los estrados judiciales (siendo el caso *Frías Molina*, referido a la situación de miles de jubilados el caso más emblemático). A su vez, con el recelo hacia la legitimación procesal colectiva de las asociaciones, tema que ha tenido idas y vueltas a lo largo de la última década.

3. ¿Dónde estamos hoy?

Indudablemente, la Corte Suprema de la Nación en su nueva composición, ha abierto más el grifo para que actúen asociaciones y ONGs., y permitido al defensor del pueblo a presentarse en casos de derechos colectivos, con sus más y sus menos, que veremos más adelante.

La Corte dio varios pasos seguidos en el reconocimiento de los derechos colectivos: el en caso *Mendoza* (2006/08) admitió en instancia originaria una demanda por la contaminación del Riachuelo (aunque se trataba de una demanda civil tradicional con multiplicidad de partes); luego, en *Halabi* (2009) reconoció la morosidad del legislador en reglamentar un proceso colectivo al estilo de las acciones de clase norteamericana, tema por demás discutible, sobre el que volveremos más tarde.

Pero este avance judicial no acontece en el vacío, sino que también es respaldado por **reformas legislativas**, como la que otorgó efectos *erga omnes* a las sentencias dictadas en procesos colectivos regidos por la Ley General del Ambiente (art. 33, *in fine*, Ley 25.675 de 2002), así como por la ley de defensa del consumidor (art. 54 de la Ley 24.240, texto según ley 26.361 de 2008), que además receptó los daños punitivos (art. 52 *bis*).

A su vez observamos otra ramificación de los procesos colectivos, insospechada en 1994, que tiene que ver con la ampliación de su espectro al **derecho procesal penal**. Se dio primero con la legitimación de asociaciones de protección de los derechos humanos para defender derechos de las personas privadas de libertad (como el derecho a votar de los procesados sin condena firme, sostenido en el caso *Mignone*, de 2002) o por el hacinamiento y demás condiciones inhumanas de detención, tanto de procesados como condenados en el caso *Verbitsky*, de 2005). Y esa proyección se sumó el expreso reconocimiento legislativo de la facultad de las asociaciones de defensa de los derechos humanos a constituirse en parte querellante en las causas que se investiguen crímenes de lesa humanidad (art. 82 *bis* del

Código Procesal Penal de la Nación, incorporado por Ley 26.550 de 2009, bajo el título de “intereses colectivos”).

Los temas que han despertado discusiones y generado fallos encontrados tienen que ver básicamente con dos asuntos: *i*), qué se entiende por “**interés difuso**”, es decir, si el interés que pretendo defender mediante una acción entra dentro del confuso concepto de interés difuso; y *ii*) **quienes se encuentran legitimados** para demandarlo. Quiere decir que en estos casi 20 años de reconocimiento legal de las acciones colectivas, todas las miradas se han puesto en un tema de fondo (si el derecho que defiende es o no colectivo) y en un tema de forma (quién puede reclamarlo).

Las dos cuestiones se superponen a tal punto que generalmente la respuesta que se da a una determina la suerte de la otra.

Veamos algunos casos para ilustrar la complejidad del paisaje:

a) Derechos del consumidor y usuario de servicios públicos

Decíamos al comienzo que las “acciones colectivas” nacieron en nuestro derecho con la Ley de Defensa del Consumidor, en 1993 y que de ahí saltaron a la Constitución nacional al año siguiente. Es decir, que siendo “su razón de ser”, debería resultar bastante sencillo colegir que siempre que se trate de cuestiones de consumidores, nos encontraríamos ante derechos difusos que defendibles tanto individualmente por los consumidores afectados como por las asociaciones que los agrupan. Pero esto no es así de sencillo.

No genera inconvenientes el caso del comprador del producto que demanda al vendedor o fabricante. Ello se rige por las reglas tradicionales del proceso civil, con las particularidades de la Ley de Defensa del Consumidor, por ejemplo, en cuanto carga de la prueba y presunciones.

El supuesto que genera inconvenientes es el de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios y del defensor del pueblo.

El tema se ha planteado últimamente en casos de usuarios y consumidores de servicios bancarios o financieros.

- Se ha resuelto en una acción entablada por adquirentes de bonos de deuda pública luego “*defaulteados*” contra entidades financieras por “mal asesoramiento”, que una asociación de consumidores no puede demandar por intereses patrimoniales divisibles de los consumidores en lugar de éstos, ya que no existe “homogeneidad” de reclamos (CN Com., sala E, “Damnificados Financieros Asociación Civil por su Defensa c/ Merryl Lynch Argentina SA y otros, 6/12/2007).
- En otro caso se resolvió lo contrario, admitiendo la legitimación de la asociación a favor de todos los afiliados de una AFJP por pérdida de rentabilidad producida por la aceptación del canje de bonos (CN Com. Sala A, “Damnificados Financieros Asociación Civil por su Defensa c/ Siembra AFJP y otro”, 12/04/2007).
- En otro caso se reconoció la legitimación a una asociación de consumidores para reclamar de un banco la restitución de las sumas debitadas automáticamente en concepto de “seguro por extracción de cajero automático y/o extravío de tarjeta de crédito” (CN Com., sala C, “Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires”, 4/10/2005).
- Se rechazó la acción entablada por una asociación contra una empresa prestadora de servicios públicos por daños producidos por cortes eléctricos, al entender que cada usuario debía demandar individualmente en base al perjuicio sufrido (CNFed. Civil y Comercial, sala I, “Unión de Usuarios y Consumidores c/Edesur SA”, 17/06/2004).

Podemos ver en este muestreo de casos que la cuestión pasa por saber si lo que se demanda es un “derecho subjetivo” o “interés patrimonial divisible” del afectado, o de un interés o derecho colectivo que pueda representar una asociación de usuarios o consumidores.

b) Ambiente

Esta misma discusión se da respecto de la protección del ambiente. Y aquí la teoría de la separación de los aspectos económicos individuales del daño ecológico colectivo fue receptado por la Corte Suprema de la Justicia de la Nación en “*Mendoza*” (Fallos: 329:2316, de 2006). Allí la Corte mantuvo su competencia originaria exclusivamente en lo atinente al daño ambiental colectivo de la cuenca Riachuelo-Matanza, no así las reclamaciones individuales por los daños materiales ocasionados por aquél, que quedó en manos de los jueces o tribunales locales, a sabiendas que se podría generar sentencias contradictorias (por ej., que en un pleito se declare probado el daño ambiental y en otro no).

Es interesante remarcar que la demanda en el caso Mendoza era una típica demanda de daños presentada por 17 personas contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 48 empresas. Es decir, un liticonsorcio activo y pasivo. La Corte le da la forma de “acción colectiva”, creando un “**frente activo**” compuesto por los 17 afectados, por ciertas ONGs. y por el Defensor del Pueblo de la Nación.

El criterio para elegir a las ONGs. fue bastante sui generis: sólo se admitió a ciertas organizaciones dedicadas específicamente a la defensa del medio ambiente, y no a aquellas que tuvieran un fin amplio como puede ser la defensa de la Constitución Nacional. Sin embargo, a la par de la Fundación Recursos Naturales y Greenpeace Argentina se habilitó al CELS, reconocida ONGs cuyos propósitos exceden lo meramente ambiental.

En cuanto al defensor del pueblo, se rechazó el pedido realizado por el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires para ser tenido por parte bajo el argumento que el “frente activo” ya se hallaba conformado.

El “**frente pasivo**” compuesto por los tres Estados citados, y las empresas privadas. Sin embargo, en la sentencia de fondo dictada en el 2008 (Fallos:), cuya ejecución delegó en el Juez Federal de Quilmes, la Corte condenó a los tres Estados, pero no mencionó la responsabilidad de las 47 empresas privadas, a las que previamente pidió informes y oyó en audiencia pública.

Es, sin duda, el caso más interesante de acciones colectivas tratado en el derecho nacional. Una demanda civil, al estilo tradicional, con multiplicidad de partes de un lado y del otro, que es reencauzada por la Corte como acción colectiva exclusivamente en cuanto al daño

ambiental colectivo, relegando en los jueces locales inferiores la tramitación de demandas por los daños individuales sufridos.

c) Derechos humanos

Decíamos al comienzo que el campo de las acciones colectivas se ha ampliado al ámbito de los derechos humanos, con manifestaciones concretas en el **derecho procesal penal**. Así, se ha reconocido legitimación a asociaciones de defensa de los DD.HH. para reclamar por el derecho a votar de los procesados sin condena firme (*Mignone*, Fallos: 325:324, de 2002), y para reclamar por las condiciones hacinamiento y detención de los presos en la Provincia de Buenos Aires (*Verbitsky*, Fallos: 328:1146, de 2005)

Pero estas acciones colectivas en defensa de los derechos humanos también se manifestaron en ámbitos ajenos al derecho penal.

En “*Portal de Belén*” (Fallos: 325:292, de 2002) y “*Mujeres por la Vida*” (Fallos: 329:4593, de 2006) la Corte reconoció legitimación a asociaciones civiles en defensa del **derecho a la vida** que se opusieron a la venta de una píldora anticonceptiva, conocida como “píldora del día después”, considerada abortiva, en el primer caso, y a la aplicación del “Programa Nacional de Salud Mental y Procreación Responsable”, por supuesta afectación del “derecho de incidencia colectiva a la vida, a la salud y a la patria potestad”, en el segundo.

En otro caso que se reconoció legitimación colectiva por violación de los derechos humanos es el famoso precedente “*Halabi*”, de 2009. Lo curioso del caso es que el que demandaba era una persona particular, el afectado, que solicitaba no se le aplique una norma que reputaba inconstitucional por ser invasiva de su **privacidad**, al autorizar indiscriminadamente la intervención de las comunicaciones. A su pedido habían adherido varios colegios de abogados. Como la declaración de inconstitucional había sido concedida con efectos *erga omnes*, la Corte entendió que se trataba de un proceso colectivo, y desarrolló las reglas de las acciones de clase, tomadas del derecho norteamericano.

Volveremos sobre este caso más adelante, ya que si bien no se trataba de un “proceso colectivo” sino sobre los alcances *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general, la Corte aprovechó la ocasión para sentar las bases de las

acciones de clase al estilo *criollo*, bases que ya había adelantado el Dr. Lorenzetti en su voto en disidencia en el caso “*Mujeres por la Vida*” citado.

d) El principio de legalidad y la división de poderes

Un caso verdaderamente interesante se planteó ante una demanda presentada por la Asociación por los Derechos Civiles para que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.124 que faculta al Jefe de Gabinete de Ministros a reasignar partidas presupuestarias. La ADC había afirmado que la separación de poderes era un “*derecho humano fundamental*”. La Corte rechazó su pedido al entender que la demanda perseguía “la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes, lo que obsta a la intervención del Poder Judicial” (Fallos: 333:1212, de 2010).

e) Ejecuciones fiscales

En varios casos la Corte rechazó las demandas entabladas por asociaciones en defensa de intereses colectivos cuando se trataba temas impositivos.

Así, en dos casos sentenciados en el 2003 denegó la legitimación a una asociación de profesionales a favor de sus asociados que por sus bajos ingresos tenían cerrado el acceso al régimen de responsables no inscriptos frente al IVA, al entender que se trataba de un interés puramente patrimonial individual y divisible (Fallos: 326:2998), lo mismo que a una cámara de comercio e industria respecto de la facultad de la AFIP para trabar embargos sin orden judicial (Fallos: 326:3007)

f) Corralito bancario

De lo que llevamos visto se puede ver cómo la jurisprudencia es auspiciosa cuando se demandan derechos de incidencia colectiva que tienen que ver con el daño ambiental colectivo, los derechos humanos (de presos, e incluso, de las personas por nacer) y de las típicas relaciones de consumo. En cambio, es menos proclive a admitir la legitimación cuando se trata de daños patrimoniales individuales, aunque afecten a un colectivo de personas.

El caso emblemático es el del *corralito bancario* de los años 2001/02. Como recordarán, a la Corte –o mejor dicho, a “las Cortes”- le llevó varias idas y venidas, antes de adoptar una decisión final sobre la constitucionalidad de la *pesificación* fijando formas de restitución de los depósitos. A raíz de estas medidas se habían presentado cientos de miles de acciones de amparo a lo largo y ancho del país. El defensor del pueblo de la Nación se presentó mediante un amparo colectivo, solicitando se dicte una sólo sentencia que alcance al universo de ahorristas. La Corte sostuvo que no estaba legitimado, ya que no se trataba de derechos de incidencia colectiva, sino derechos “de carácter patrimonial, puramente individuales, cuyo ejercicio y tutela corresponde **exclusivamente** a cada uno de los afectados”.

g) Jubilaciones y pensiones

El asunto se encuentra nuevamente en estudio, a raíz de una demanda colectiva planteada por el Defensor del Pueblo de la Nación para que se extienda a todos los jubilados la doctrina sentada por la Corte en el caso *Badaro*. La Corte, en lugar de rechazar la demanda por falta de legitimación, esta vez –sin expedirse sobre el fondo- solicitó informes a la ANSES para estudiar el impacto que semejante medida tendría en las arcas públicas (D.45.XLV, sentencia del 24/05/2011).

4. Conclusiones sobre el derecho nacional

En suma, del derecho nacional podemos apreciar:

- Un recelo por parte de los tribunales a aceptar las demandas colectivas cuando lo que está en juego es un **derecho patrimonial “netamente individual”**, aunque esa individualidad sea idéntica en un sinnúmero de casos.
- Para que proceda la acción colectiva tenemos que estar en presencia de “**intereses plurindividuales homogéneos**”, es decir, no sólo deben alcanzar a un grupo de personas, sino que las cuestiones que se presenten deben ser “*comunes*” a ellos (en este punto se acerca al derecho norteamericano, que veremos luego).

- El concepto de “**intereses de incidencia colectiva**” es suficientemente vago para incluir la protección de derechos humanos (de la persona por nacer, a la privacidad, derechos políticos de los presos, etc.) pero no así para la tutela abstracta y genérica del ordenamiento jurídico (la separación de poderes).
- El proceso típico sobre el que tramitan las acciones colectivas es el **amparo**, por expresa disposición del constituyente, aunque ciertamente el amparo es el proceso menos apto para dirigir una acción con miles o cientos de miles de personas o con complejas pruebas. Por ello es más adecuado la utilización de otras vías procesales, como ocurrió en el caso *Mendoza*, que se inició a través de una demanda **ordinaria**, que admite mayor grado de debate y prueba.
- Las **acciones de clase**, que el Dr. Lorenzetti brega por su reglamentación en su voto en disidencia en “*Mujeres por la Vida*”, criterio que luego la Corte hace suyo en “*Halabi*”, es visualizada como un proceso donde sobresale el aspecto colectivo, en tanto las reclamaciones individuales sólo proceden por esta vía cuando “exista un **fuerte interés estatal** en su protección.”
- A contrario de lo afirmado por la Corte, las acciones de clase en el derecho norteamericano –que la Corte dice seguir como modelo- son precisamente **demandas patrimoniales individuales** que por una cuestión práctica no pueden ser llevadas en un proceso común.

SEGUNDA PARTE:
LAS ACCIONES DE CLASE
EN EL DERECHO NORTEAMERICANO (UN PANTALLAZO)

Las acciones de clase son un invento formidable. El maestro **Augusto Morello**, en el prólogo al libro de Alberto Bianchi –que es el primero que se ocupa de este tema- comparaba la aparición de estas acciones con lo que significó en los años 20 la fabricación del **Ford T**: se cambió la forma de construir carreteras, se introdujo la producción seriada, la conciencia popular de contar con “su” automóvil. Es decir, produjo un cambio cultural. Algo similar

sucedió, en el mundo del derecho, con la aparición de una **acción procesal** en la cual un grupo de personas demanda en nombre de miles o cientos de miles, incluso de millones de personas sin tener ningún otro tipo de representatividad que la acordada por haber vivido o ser afectados por causas idénticas o similares.

Fácil enamorarse de semejante instrumento.

Lo que nadie dice, y pocos ven, es que se trata de un instrumento tan hermoso cuanto peligroso. Y cuando digo peligroso, no me refiero al daño que le puede causar, y de hecho le causa, a las grandes corporaciones, que son las que más se oponen –lógicamente- al funcionamiento de estas acciones.

Me refiero a un peligro concreto a los **derechos constitucionales**. La **acción de clase**, tal como está redactada en la famosa Regla 23 del Código Federal de Proceso Civil (en adelante FRCP, por sus siglas en inglés) presupone que una persona o varias se presentan ante los tribunales y se **autodesignan** representantes de un grupo o clase de personas que pueden llegar a ser cientos de miles o millones, y litigan en nombre de éstas, por más que no tengan poder o mandato alguno, y lo que se resuelva en el juicio –para bien o para mal- hará **cosa juzgada** para todo el universo de personas, no pudiendo volver a plantearse la misma cuestión ante ningún otro tribunal.

Esto es gravísimo. En un juicio en el cual puedo no haber sido notificado fehacientemente, supongamos que sólo se notificó por edictos publicados en los diarios, se decide algo en mi nombre, aunque yo no haya participado del mismo. Y si gano, puedo llegar a cobrar un dinero con el que no contaba. Pero si pierdo, además de tener que solventar proporcionalmente los gastos de los abogados que iniciaron la demanda, me voy a ver impedido de iniciar por mi propia cuenta otra acción ante ese u otro tribunal, por más que la demanda allá sido mal entablada o mal llevada por los abogados.

Es por ello que hay que quitar un poco la concepción romántica de **las class actions: constituyen una fuerte restricción a la garantía constitucional del debido proceso**, que se justifica por los enormes beneficios que trae al sistema judicial en general (economía), y por el empoderamiento de la ciudadanía que genera (acceso a la justicia).

Las acciones de clase, como el **Dios Jano**, tiene estas **dos caras**: permiten iniciar demandas que individualmente no se presentarían, muchas veces por la insignificancia individual del daño (un puñado de dólares que sumados ascienden a millones) o por la asimetría de partes (grandes corporaciones con los mejores bufetes de abogados del otro lado), con lo cual contribuye notablemente al **acceso a la justicia**; pero la otra cara es preocupante del lado de las **garantías constitucionales**: en muchos casos impide que cada persona pueda reclamar por “su” derecho individual, dándole efectos *erga omnes*. Es decir, impiden que, como dicen los norteamericanos, cada persona tenga su día en la corte (*a day in court*).

No es casual, entonces, que las mayores discusiones que se han suscitado en los Estados Unidos tengan que ver con los tipos de notificaciones exigidas para cada uno de los tipos de acciones de clase (hay tres tipos distintos), y con las exigencias del debido proceso.

Veamos, entonces, sucintamente, cuales son las cuestiones que se debaten en el derecho norteamericano en torno de estas famosas acciones de clase.

1. Legitimados

Un tema poco debatido es el de la legitimación activa para demandar. Es que no hay una regla particular para las acciones de clase distinta de las que rigen el común de los procesos civiles.

Quien demanda debe haber sufrido un daño concreto y actual a sus derechos. No puede litigar por un daño potencial ni por uno que ya no existe. Pero además debe hacerlo por un daño propio, sufrido por él mismo y no por otro.

Y esta es la principal diferencia con el derecho argentino. Si bien las **asociaciones** pueden iniciar demandas civiles y acciones de clase, deben probar que sus miembros sufrieron daños individuales, actuales y concretos. Esto ya fue establecido por la Corte norteamericana en el caso *Luján v. Nacional Wildlife Federation*, 479 U.S. 871 (1990) donde la opinión de la mayoría, redactada por el *Justice Scalia*, denegó legitimación a la asociación de protección del medio ambiente por no haber aportado pruebas suficientes de que sus miembros hayan sufrido daños concretos y actuales a sus derechos (habían aportado únicamente dos *affidavits* de

miembros afectados por los permisos de minería otorgados por el Secretario del Interior. La Corte sostuvo que no alcanza con una vaga invocación de la protección del medio ambiente, ni de la afectación de las posibilidades recreativas de los miembros, sino que se debe aportar prueba concreta del daño individual.)

Dicha doctrina fue reiterada en otros casos posteriores, aunque suavizada en el fallo *Friends of the Earth v. Laidlaw Environmental Services*, 528 U.S. 167 (2000), donde sostuvo –con la disidencia de Scalia y Thomas– que una asociación tiene legitimación procesal para demandar en representación de sus miembros cuando: *i*) sus miembros hubieran tenido legitimación para demandar individualmente; *ii*) los intereses en cuestión sean centrales a los propósitos de la organización; y *iii*) ni el reclamo ni los remedios solicitados requieren la participación individual de los miembros en el juicio.

En suma, la legitimación procesal de las asociaciones es sumamente restringida, a contrario de lo que sucede en nuestro país, donde lo único que se coteja es que los intereses que pretende defender surjan de las finalidades plasmadas en su estatuto constitutivo.

Pero existen otras diferencias no menores con el derecho argentino: no existe la figura del **defensor del pueblo**, instituto de origen parlamentario importado de Europa en la última reforma constitucional.

A ello se suma que el ministerio público defiende exclusivamente los intereses del Estado, no es un defensor de la “legalidad”.

Entonces, no pudiendo en general demandar las asociaciones (salvo que cumplan con el *test* fijado por la Corte), ni existiendo defensor del pueblo, **sólo pueden litigar los afectados** por las medidas, es decir, las personas físicas o jurídicas. Ergo: sólo el “afectado” puede litigar en nombre suyo y de los demás (figura conocida como el “abogado general privado” (*private attorney general*))

2. Costas y honorarios

Otra diferencia sustancial con el proceso civil nuestro es el atinente a las costas y gastos causísticos.

En los Estados Unidos no existe el beneficio de litigar sin gastos, ni hay defensa civil gratuita aportada por el Estado. Quien litiga se debe hacer cargo de los costos de sus abogados.

Es más, existe una ley que impide a los Estados recibir fondos del gobierno federal para asistencia jurídica gratuita, si con esos programas se financian acciones de clase en defensa de los derechos de sus clientes.

De manera que quien demanda a través de una acción de clase debe, antes de comenzar, pagar además de su abogado por tomar el asunto, los gastos iniciales del juicio. Y entre estos gastos se destaca el costo del envío de las notificaciones a cada uno de los miembros del grupo o clase.

El **requisito de la notificación** es central en las acciones de clase. Si la sentencia hará cosa juzgada, gane o pierda el demandante, el tribunal se debe asegurar que todos los miembros de la clase estén al tanto de la demanda, así pueden ejercer su derecho a salir del juicio (*op out*) y a aceptar o rechazar las negociaciones y acuerdos llevados a cabo por los representantes del grupo. Pero además, también cumple la primordial función de asegurarse que los representantes sean los mejores (*representatividad adecuada*), o por lo menos, que tengan suficiente representatividad sobre la clase (más allá que no cuenten con un mandato expreso) y que **no se abusen** de esa representación en perjuicio de los representados.

Pero así como este requisito es esencial para el funcionamiento de la acción de clase, de la misma forma es tremendamente **oneroso**. Y ya vimos que el actor debe hacerse cargo, por adelantado, de los costos de proceso.

En el caso *Eisen* decidido en 1974 la Corte sostuvo que la **notificación individual** por carta certificada era requerida para cada uno de los miembros. El tema no era menor. Enviar cartas certificadas a 2.250.000 personas costaba 225 mil dólares. En tanto que hacerlo por **notificación colectiva** sólo 20 mil. La Corte revocó así la decisión de una Cámara de Apelaciones que había aceptado una solución intermedia: publicación en los principales diarias, más el envío por carta certificada a los mayores inversores, y a 5 mil pequeños

inversores elegidos al azar. La Corte dijo que ello no tenía base legal y que la exigencia de notificación individual era una consecuencia de la garantía constitucional del debido proceso.

Técnicamente puede ser correcto lo resuelto por la Corte, pero en la práctica implica dificultar la viabilidad de las acciones de clase, ya que lo primero que tienen que hacer los demandantes, es juntar suficiente dinero para soportar las notificaciones individuales.

Sin duda el tema de los **gastos** es otro que ha suscitado debates, especialmente por los detractores de las acciones de clase, que han hecho *lobby* en el Congreso para limitar los **honorarios profesionales de los abogados** como manera de desincentivar estas demandas. Se han dado casos escandalosos, azuzados por los detractores, donde los miembros de la clase, que ganaron individualmente 10 dólares por intereses por créditos hipotecarios cobrados indebidamente por un banco, tuvieron que pagar 100 dólares por los honorarios de sus abogados, vencedores en el pleito (*Kamilewicz vs. BankBoston*, US Court of Appeal, 7th. Circ., 1996)

Contra este tipo de abusos se dictó una ley federal en el 2005, promulgada por el presidente Bush (hijo), denominada ***Class Action Fairness Act*** (CAFA), que puso límite a los montos de honorarios (para desalentar estos juicios) y estableció la jurisdicción federal para las acciones que tengan integrantes de distintos Estados y los montos reclamados superen los 5 millones de dólares. Con esto se pretendió terminar con las prácticas de ***forum shopping*** que concentraban en ciertos tribunales estatales las mayores demandas contra las empresas e industrias.

3. “Cuestiones comunes” que autorizan las acciones de clase

Existen tres tipos de acciones de clase en el derecho norteamericano, tema sobre el cual no me puedo explayar en estos momentos. Sólo basta con decir que hay dos supuestos en que las acciones de clase son impuestas por los hechos, con lo cual no hay otra posibilidad que utilizarlas, ya sea porque así lo exige la calidad del accionante o del demandado (reglas 23 (b) (1) y (2)). Pero existe un tercer tipo, que es discrecional de los jueces, donde se advierte que si bien hay cuestiones individuales, también hay otras que son comunes a la clase. La regla 23 (b) (3) exige en estos casos que **las cuestiones de hecho o derecho comunes sean predominantes sobre las individuales.**

En un caso reciente, fallado hace medio año, la Corte de Estados Unidos analizó la cuestión, y extendió el requisito de “*comunalidad*” (nosotros lo llamamos “*homogeneidad*”) a los tres tipos de acciones de clase, limitando enormemente su ejercicio.

En *Wal-Mart v. Dukes et al* (2011), la mayoría de la Corte –en voto redactado por el juez Scalia y al que adhirieron los restantes jueces conservadores- rechazó una acción de clase iniciada por tres mujeres empleadas o ex-empleadas de la cadena de supermercados en representación de un universo de 1.5 millón de empleadas o ex-empleadas que trabajaron en cualquiera posición desde 1987 hasta la actualidad. La mayoría sostuvo que como las mujeres demandantes no alegaban que existiera una instrucción expresa de la empresa de discriminar a las mujeres impidiendo su ascenso y relegando sus salarios, debía irse caso por caso para determinar si hubo una “práctica corporativa” que toleraba o auspiciaba la discriminación. Y siendo tan distintos los millones de casos, no se daba el requisito de la “comunalidad” exigido por la regla 23.

La **minoría** integrada por el juez Breyer y las tres juezas mujeres que integran el alto tribunal –todos designados por presidentes demócratas- entendió que había no había que rechazar la demanda, sino reconducirla al tipo de *class action* especificado en la regla 23 (b) (3), que requiere la demostración de que las cuestiones de hecho y derecho comunes predominen sobre las individuales.

4. Tendencia norteamericana a restringir las acciones de clase

Algunas conclusiones que podemos extraer de este somero repaso del derecho norteamericano:

- Se advierte un fuerte lobby de empresas e industrias para parar o dificultar las acciones, que son las que amenazan sus negocios o su rentabilidad.
- Sólo han prosperado mayormente contra la industria tabacalera, lo que coincidió con una voluntad política de reducir el consumo local de cigarrillos.

- Desde la década del '70 se viene achicando y dificultando el ejercicio de estas acciones, con decisiones cada vez más conservadoras de la Corte.
- En *Eisen* (1978) la Corte eleva el infinito los costos del proceso, que debe sufragar por anticipado el demandante. En *Wal-Mart* (2011) aumenta las exigencias para demandar, al requerir la “comunalidad” de intereses por parte de todos los integrantes de clase.
- En *Wal-Mart* la mayoría conservadora de la Corte empieza diciendo que las acciones de clase son una **excepción** a la regla que determina que uno litiga por uno y para uno. Y como toda excepción, es de interpretación restrictiva.