

Voces: DERECHO COMPARADO-PROCESOS

Título: Los Procesos Colectivos (El Anteproyecto para Iberoamérica de los colegas brasileños, de 2002)

Autor: Morello, Augusto Mario

Fecha: 1-ene-2003

Cita: MJ-DOC-2131-AR | MJD2131

Producto: MJ

Sumario:

Sumario I. Presentación del tema - II. Análisis. Precisiones y comentarios - III. La cosa juzgada - IV. Terminación - Apéndice.

I

Presentación del tema

En el curso de las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Montevideo, entre el 16 y el 18 de octubre de 2002, se presentó el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, del que son autores los calificados profesores brasileños ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE y ANTONIO GIDI, y acerca del cual se vertirán las reflexiones que se desarrollan a continuación.

Corresponde destacar, en el introito: a) que la fuente y tendencia del serio, completo y moderno documento, se amadrigan en las metodologías del Código de Defensa del Consumidor y en el torso interpretativo que calificada doctrina y líneas jurisprudenciales le dan sustento y despliegue en el país hermano; b) que la categorización de la tutela concierne a un trípode científico agrupado en: 1) intereses (entre nosotros ADOLFO A. RIVAS, prefiere denominarlos derechos difusos); 2) derechos colectivos y 3) derechos individuales homogéneos, tripartición que no está generalizada en los países de nuestra comunidad que prefieren la doble caracterización de intereses difusos y derechos colectivos,

aunque ello no signifique un reparo a lo que al respecto propone la iniciativa: c) se diseñan los 36 artículos del anteproyecto en siete capítulos: Disposiciones generales; De las providencias jurisdiccionales; De los procesos colectivos en general; De la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos; De la cosa juzgada; De la litispendencia y de la conexión; De la acción colectiva pasiva y, por último, las disposiciones finales; d) la arquitectura de la propuesta recorta un edificio que engloba distintas perspectivas o lecturas del tema en que se centran las normas: un registro colectivo (plural) de titularidad; reconocimiento de las legitimaciones, competencia funcional, bienes u objetos susceptibles de recibir la tutela judicial omni o meta individual, y otra diferente que particulariza los sujetos y la esfera del daño individual al igual que la forma y técnica de su reparación; e) además -como es propio a la generalidad de los fenómenos jurídicos- (1) una visión simultánea esclarecedora de los aspectos materiales y procesales que cada vez se muestran integrando (ontológicamente) una realidad o plexo jurídico inescindible.

Importa señalar que por la específica finalidad de la iniciativa, sus previsiones deben expandirse a una variada expresión de jurisdicciones soberanas (Iberoamérica) que aunque reconocen una raíz histórica y tradiciones comunes o afines, exhiben matices y rasgos peculiares. Cuenta, por otra parte, la significación del Derecho comparado, la importancia de las Declaraciones internacionales (sobre el derecho sustentable al medio sano) y la jurisprudencia de los Tribunales transnacionales especialmente en lo que concierne a los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica y Tratado de Roma[2]). Desde esa perspectiva dos puntos filosóficos marcan la divisoria de aguas entre el derecho procesal clásico y el moderno(3): los alcances, límites y perdurabilidad de la cosa juzgada (arts. 26 y 27) y la manera racional (flexible y realista) de jugar los principios procesales y los estándares de actuación; de disciplinar su dinámica a la pretensión colectiva. Y aquí lo que es más destacable: la posición del consumidor, del débil jurídico, demanda la rotación del eje jurisdiccional y una hermenéutica -que es la que corresponde a la Justicia de protección o acompañamiento- que preserve esos intereses o derechos que reclaman una inteligencia acorde a su prevención o aseguramiento, la mayoría de las veces, urgente o sin demoras indebidas. Lo cual obliga a una hermenéutica tuitiva, en la que los jueces, por mandato constitucional y el deber de satisfacer (art. 75, incs. 19 y 23, Constitución Nacional) el bienestar general que proclama el Preámbulo, llevan al órgano jurisdiccional a ejercer un activismo o comportamiento protagónico, muy diferente al que se observa en la controversia patrimonial individual, cubierta por la gravitación de la voluntad de las partes y el principio dispositivo(4).

Reproduciendo el texto proyectado en el Apéndice, para su mejor comprensión nos detendremos -en espacio prudente- en el análisis de lo que entendemos reviste mayor importancia; descansamos en una rica y reciente contribución de trabajos especializados, que, día a día, acrecientan sus aportes (5).

II

Análisis. Precisiones y comentarios

La protección colectiva(6)

a) La naturaleza, características y virtualidad extraindividual que identifican al objeto de los derechos (y/o intereses) difusos, básicamente, a tutelar cubre de rasgos similares la identidad de la pretensión y la técnica instrumental, a través de la cual -y en el escenario de un proceso justo-(7)- cobran experiencia concreta.

b) El criterio diferenciador (intereses difusos y derechos colectivos) se lo hace radicar en la circunstancia de que en los primeros existe entre las personas indeterminadas que gozan o son titulares, de intereses de naturaleza indivisible (al aire, al paisaje, al medio sano, etc.) cuya ligación proviene de circunstancias de hecho, no de una preexistente relación o vínculo jurídico; así el convivir en tal lugar; en que todos necesitan de ellos para preservar la vida o la salud (o la información, educación, etc.), o mejor la dignidad y calidad de la vida(8); en tanto en los colectivos, aunque también son derechos de naturaleza pluripersonal, requeridas de protección efectiva (PROTO PISANI, TARUFFO), la clave, el grupo, la categoría o el conjunto humano que ostenta la titularidad de los mismos están enlazadas entre ellos (o con la parte adversarial) por una relación jurídica sustancial (contratos de consumo, por caso)(9).

c) Los atributos que operan como requisitos habilitadores del ejercicio de la protección están enumerados en el art.2º y están consensuados por opinión generalizada, debiéndose trascender en punto a la representación y a los fines del reconocimiento de la capacidad del legitimado (la organización, liga, asociación, comité, etc.) más que su registración y satisfacción de exigencias reglamentarias o burocráticas, es la real atención de objetivos concernientes a una genuina, activa y continua actividad en el ejercicio de la representatividad. El criterio debe ser amplio y se extiende a los legitimados concurrentes; el del ciudadano (aunque no se consagre ni emancipe una acción popular, que (todavía) no tiene plafón en varios países, como ocurre en la Argentina; atribuyendo un margen necesario y amplio para el Ministerio Público(10). Lo que ha de rescatarse es que el derecho de asociación que envuelve a ese colectivo, se oriente a satisfacer las exigencias del bien común, que obligan a prever necesidades futuras de uno mismo y todos los demás (CS, Fallos, 323:1995).

Dicho con otro giro, las asociaciones que se han creado con tales finalidades se encuentran legitimadas, fundando su derechos no sólo en el interés difuso (sic) en que se cumpla la Constitución, Tratados y las leyes, sino en su condición de titulares de un derecho de incidencia colectiva (interés difuso, stricto sensu), a la protección de la salud (o a la vida, o al ambiente, o los monumentos históricos, a la preservación de la cultura, del paisaje, etc.), además del derecho que les asiste para accionar en el cumplimiento de una de la finalidades de su creación (CS, Fallos, 323:1339, cit.), apreciado ese espectro de posibilidades con amplitud y flexibilidad.d) Cabe subrayar que la evolución de las Constituciones de nuestros países -de la Comunidad- y el Derecho de los Tratados, muestran elocuentemente, la incorporación en sus textos de intereses (o derechos) difusos, o de incidencia colectiva que cuentan con diversificada y especial protección de la propia Ley Fundamental, tanto cuando se los lesione o si media una seria amenaza de que ello suceda; en ambos supuestos son considerados -individual o grupalmente- afectados, en miras de viabilizar la acción de protección (amparo colectivo, mandato de seguridad colectivo; acción de protección nominaciones similares) (CS, Fallos, 323:1261, disidencia de los doctores Eduardo Moliné OConnor y Guillermo A. F. López).

e) En orden a lo señalado, quizá sea conveniente dejar en mayor libertad al órgano jurisdiccional para discernir -en cada caso específico- si la asociación legalmente constituida reúne los requisitos que le habilitan para accionar (ajuste al art. 3° del Anteproyecto).

f) Es atinado el anticipo jurisdiccional que propone el art. 5°, con base en prueba consistente, si ello atiende mejor a la necesidad actual, a proteger.

g) Nos parece que, metodológicamente, lo prescripto en el art. 6° (norma que se refiere a la acción condenatoria de daños a bienes considerados individualmente y que dispone que esa indemnización se revierta en un fondo especial, al igual que los numerales siguientes hasta el 8° inclusive, deberían formar parte, con autonomía, de la sección de la condena, es decir de la acción reparadora de daños, que se bifurca en la acción colectiva y en la de daños individualmente sufridos, teniendo en cuenta la divisoria que consagra el párrafo único del art. 19: Los intervinientes no podrán discutir en el proceso colectivo sus pretensiones individuales. Creemos que aportará claridad e insuflará de mayor coherencia a otras disposiciones que responden a esa dicotomía, que es correcta y funcional.III

La cosa juzgada

a) Media igualmente consenso doctrinario respecto a no consagrar una sola fórmula, rígida y cerrada y que es conveniente y más útil (evitando actos equívocos de la parte que puedan manifestarse como de abandono u omisión de pruebas; y de que ex profeso deje en orfandad la acreditación de la procedencia de la pretensión; se decline o frustre prueba conducente), que cualquier legitimado pueda promover otra pretensión, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba, cuando se halle en controversia la tutela de intereses o derechos difusos (art. 26). Es la alternativa que también se ha propuesto entre nosotros (ver Apéndice).

b) También parece conveniente, por razones de igualdad, de economía y aprovechamiento del esfuerzo jurisdiccional que, salvo que se menoscaben valores o principios superiores que en relación con el proceso justo han de preservarse (por caso el de la seguridad jurídica, CS, Fallos, 242: 501) el efecto general de la cosa juzgada en las sentencias que recaen en estos procesos, lo que debe propiciarse cuando mediara estimación (que la acción se declare procedente) del reclamo, cuidando siempre, como lo destaca el Anteproyecto (art. 26 III, párr. 4°), que en ningún supuesto los efectos de la cosa juzgada concernientes a la pretensión colectiva perjudique las acciones o pretensiones indemnizatorias por daños personales (individuales) sufridos. Es un delicado trabajo de relojería que responde a dos lógicas conexas o superpuestas que requieren respetar sus respectivas fronteras, pero conservando los efectos que beneficien a las víctimas y sus sucesores.c) Asimismo, cobra vigencia la revisión de las pautas que antes se han actuado, cuando se trate de relaciones jurídicas continuadas (o de larga duración), en las que sobrevienen cambios de circunstancias que hacen aplicable la cláusula rebus sic stantibus, adecuando los alcances de lo decidido a otra realidad (de modo que no tiene respaldo la inmutabilidad de la cosa juzgada).

d) En orden a este particular tratamiento, por las mismas razones, se ganara claridad en lo que se disciplina acerca de la cosa juzgada (incluyendo a la que involucra a la colectividad pasiva, arts. 33 y 34), si se reformula de manera más sistémica la totalidad de los matices descriptos en relación con la cosa juzgada, concentrándolos en textos así agrupados.

e) Finalmente: 1) en lo que atañe a la interpretación (art. 35), proponemos esta redacción que facilita el cometido del juez, respetando sus poderes implícitos y el de discreción. Este Código será interpretado de forma abierta, flexible, en conexión con las normas que rigen el proceso justo e integran el ordenamiento jurídico, adoptando los criterios más adecuados en consideración a las consecuencias que de ellos razonablemente, han de seguirse, cuidando, asimismo, que la inteligencia que se dé a sus textos pueda llevar a la pérdida de alguno de los derechos involucrados, o el excesivo rigor de los razonamientos desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción(11); 2) incorporar en el art. 36, luego de Código de Proceso Civil, las Bases Uniformes del proceso Justo y la legislación especial pertinente.

IV

Terminación

A) El razonado Anteproyecto objeto de estas reflexiones es un importante documento de trabajo que debe ser motivo de un análisis o revisión final.

B) Con ese propósito sugerimos la creación de un Pequeño Comité o Comisión de Trabajo que, a la vista de las observaciones y propuestas que se hubieren formulado, redacte la versión definitiva a someter a la consideración de las autoridades del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.C) Correspondería que esa Comisión determine y ajuste, además; 1) sobre el lenguaje técnico (español-lusitano) dejando en libertad, dentro del Código marco, común, lo que aconsejen las idiosincrasias o particularidades de cada país; 2) la conveniencia o no de receptor de modo general la acción popular y 3) si es transplantable a Iberoamérica, adaptada, la legislación del país del Norte, referente a las class actions.

Apéndice

Instituto Ibero-Americano de Direito Processual

Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos

para Iberoamérica

Elaborado por los Profesores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi, XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Montevideo, 16-18 octubre de 2002).

CAPÍTULO I - DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1º. La acción colectiva será ejercida para la tutela de:

I- intereses o derechos difusos, así entendido, para efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho(*).

II- intereses o derechos colectivos, así entendidos, para efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

III- intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los provenientes de origen común.

Art. 2º. Son requisitos de la demanda colectiva:

I - la adecuada representatividad del legitimado;

II - la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico, por las características de la lesión o por el elevado número de personal alcanzadas.

Párr. 1°. Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.

Párr. 2°. en el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

- a - la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;

- b - su historia en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;

- c - su conducta en otros procesos colectivos;

- d - su capacidad financiera para la conducción del proceso colectivo;

- e - la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;

- f - el tiempo de institución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física ante el grupo, categoría o clase.

Art. 3°. Son legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

- I - el ciudadano, para la defensa de los intereses o derechos difusos;

- II - el miembro del grupo, categoría o clase, para la defensa de los intereses o derechos colectivos e individuales homogéneos;

- III - el Ministerio Público;

IV - las personas jurídicas de derecho público interno;

V - las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aunque sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este código;

VI - las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este código, no siendo necesaria la autorización de la asamblea.

Párr. 1°. El requisito de la pre-constitución puede ser dispensado por el juez, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.

Párr. 2°. Será admitido el litisconsorcio facultativo entre los legitimados.

Párr. 3°. El Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

Párr.4°. En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o abandono de la acción por persona física o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

Párr. 5°. El Ministerio Público y los órganos públicos legitimados podrán tomar de los interesados compromiso de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial.

CAPÍTULO II. - DE LOS PROVEIMIENTOS JURISDICCIONALES

Art. 4°. Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este código son admisibles todas las especies de acciones aptas para propiciar su adecuada y efectiva tutela.

Art. 5°. El juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, desde que, con base en la prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y haya fundado temor de ineficacia del proveimiento final.

Párr. 1°. No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de bien jurídico relevante.

Párr. 2°. En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento.

Párr. 3°. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada.

Párr. 4°. Si no hubi era controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, prosiguiendo el proceso, si fuera el caso, para juzgamiento de los demás puntos o cuestiones puestos en la demanda.

Art.6°. En la acción condenatoria a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, la indemnización revertirá en un fondo administrado por el Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados.

Art. 7°. En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

Párr. 1°. La conversión de la obligación en daños y perjuicios solamente será admisible si por ella optara el autor o si fuese imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente.

Párr 2°. La indemnización por daños y perjuicios se hará sin perjuicio de la multa.

Párr. 3°. El juez podrá, en la hipótesis de anticipación de tutela o en la sentencia, imponer multa diaria al demandado, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento de la resolución.

Párr. 4°. Para la tutela específica o para la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez determinar las medidas necesarias, tales como búsqueda y aprehensión, remoción de cosas y personas, demolición de obra, impedimento de actividad nociva, además de requisición de fuerza policial.

Art. 8°. En la acción que tenga por objeto la obligación de entregar cosa, determinada o indeterminada, se aplican, en lo pertinente, las disposiciones del artículo anterior.

CAPÍTULO III - DE LOS PROCESOS COLECTIVOS EN GENERAL

Art. 9°. Es competente para la causa el juez:

I - del lugar donde ocurrió o deba ocurrir el daño, cuando es de ámbito local;

II - de la Capital, para los daños de ámbito regional o nacional aplicándose las reglas pertinentes de organización judicial.

Art. 10. En las acciones colectivas, el pedido y la causa a pedir serán interpretados extensivamente.

Párr. 1°. Oídas las partes, el juez permitirá la enmienda de la acción inicial para alterar o ampliar el objeto de la demanda o la causa a pedir.

Párr. 2°. El juez permitirá la alteración del objeto de proceso en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción, desde que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la parte contraria y el contradictorio sea preservado.

Art. 11. Cerrada la fase postulatoria, el juez designará audiencia preliminar, a la cual comparecerán las partes o sus procuradores, habilitados a transigir.

Párr. 1º. El juez oirá a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero.

Párr. 2º. Preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación.

Párr. 3º. Obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial.

Párr. 4º. No obtenida la conciliación, siendo ella parcial, o cuando, por cualquier motivo, no fuera adoptado otro medio de solución del conflicto, el juez, fundamentadamente:

I - decidirá si la acción tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva;

II - podrá separar los pedidos en acciones colectivas distintas, tendientes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, desde que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso;

III - fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas a ser producidas, designando audiencia de instrucción y juzgamiento, si fuere el caso.

Art. 12. El juez decidirá sin más la demanda por el mérito, cuando no hubiera necesidad de producción de prueba.

Parágrafo único. El juez podrá decidir sin más parte de la demanda, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba, prosiguiendo el proceso para la instrucción y juzgamiento en relación a los demás pedidos en resoluciones complementarias.

Art. 13. Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, desde que sean obtenidos por medios lícitos, incluyendo la prueba estadística o por muestreo.

Parágrafo único. La carga de la prueba incumbe a la parte que poseyera conocimientos técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad en su demostración.

Art. 14. Transcurridos 60 (sesenta) días de que la sentencia condenatoria quedare firme, sin que la persona física o la asociación actora promueva la ejecución, deberá hacerlo el Ministerio Público; igual iniciativa corresponderá a los demás legitimados.

Art. 15. En las acciones colectivas de que trata este código, la sentencia condenará al demandado, si vencido, en las costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, así como en honorarios de abogados.

Párr. 1º. En el cálculo de los honorarios, el juez tendrá en consideración la ventaja para el grupo, categoría o clase, la cantidad y calidad del trabajo desempeñado por el abogado y la complejidad de la causa.

Párr. 2º. Si el legitimado fuera asociación, el juez podrá fijar gratificación financiera cuando su actuación hubiera sido relevante en la conducción y éxito de la acción colectiva.

Párr. 3º. Los autores de la acción colectiva no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales.

Párr. 4º. En caso de litigancia de mala fe, la persona física o la asociación actora y los directores responsables por la proposición de acción serán solidariamente condenados en honorarios de abogados y al doble de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios.

Art. 16. El juez podrá dar prioridad al trámite de la acción colectiva, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión del daño o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.

Art. 17. La proposición de acción colectiva interrumpe el plazo de prescripción de las pretensiones individuales y transindividuales directa o indirectamente relacionadas con la controversia.

CAPÍTULO IV - DE LA ACCIÓN COLECTIVA REPARADORA

DE LOS DAÑOS INDIVIDUALMENTE SUFRIDOS.

Art. 18. Observado lo dispuesto en los Capítulos I y III de este código, los legitimados podrán proponer, en nombre propio y en el interés de las víctimas o sus sucesores, acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes.

Art. 19. Propuesta la acción, será publicado edicto en el órgano oficial, a fin de que los interesados puedan intervenir en el proceso como asistentes o coadyuvantes, sin perjuicio de amplia divulgación por los medios de comunicación social por parte de los órganos de defensa de los intereses o derechos protegidos en este código.

Parágrafo único. Los intervinientes no podrán discutir en el proceso colectivo sus pretensiones individuales.

Art. 20. En caso de procedencia del pedido, la condena será genérica, fijando la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar.

Art. 21. Firme la sentencia condenatoria, será publicado edicto, observado lo dispuesto en el artículo 19.

Art. 22. La liquidación y la ejecución de sentencia podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados a la acción colectiva.

Parágrafo único. En la liquidación de la sentencia, que podrá ser promovida ante el juez del domicilio del liquidante, corresponderá a éste probar, tan sólo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización.

Art. 23. La ejecución podrá ser colectiva, siendo promovida por los legitimados a la acción colectiva, abarcando a las víctimas cuyas indemnizaciones ya hubieran sido fijadas en liquidación, sin perjuicio del trámite de otras ejecuciones.

Párr. 1º. La ejecución colectiva se hará con base en certificación de las decisiones de liquidación, de la cual constará si se encuentran o no firmes.

Párr. 2º. Es competente para la ejecución el juez:

I - de la liquidación de la sentencia o de la acción condenatoria, en el caso de ejecución individual;

II - de la acción condenatoria, cuando sea colectiva la ejecución.

Art. 24. En caso de concurso de créditos derivados de condenación de que trata el artículo 6º y de indemnizaciones por los perjuicios individuales resultantes del mismo evento dañoso, éstas tendrán preferencia en el pago.

Parágrafo único. Para efecto de lo dispuesto en este artículo, la destinación del importe recogido al fondo quedará suspendida en cuanto estén pendientes de decisión de segundo grado las acciones de indemnización por los daños individuales, salvo en la hipótesis de que el patrimonio del deudor sea manifiestamente suficiente para responder por la integralidad de las deudas.

Art. 25. Transcurrido el plazo de un año sin habilitación de interesados en número compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 3º promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados.

Párr. 1º. El valor del daño causado será fijado por peritaje arbitral.

Párr. 2º. El producto de la indemnización revertirá para el fondo previsto en el artículo 6º.

CAPÍTULO V - DE LA COSA JUZGADA,

DE LA LITISPENDENCIA Y DE LA CONEXIÓN

Art. 26. En las acciones colectivas de que trata este código, la sentencia hará cosa juzgada: I - erga omnes, excepto si el pedido fuera juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento valiéndose de nueva prueba, en la hipótesis de intereses o derechos difusos;

II - ultra partes, pero limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas, en los términos del inciso anterior, cuando se trate de intereses o derechos colectivos;

III - erga omnes, tan sólo en el caso de procedencia del pedido, para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores, en la hipótesis de intereses o derechos individuales homogéneos.

Párr. 1º. También en la hipótesis de improcedencia fundada en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, cuando surgiera prueba nueva, sobreviniente, que no podría haber sido producida en el proceso.

Párr. 2º. Los efectos de la cosa juzgada previstos en los incisos I y II quedan limitados al plano colectivo, no perjudicando intereses y derechos individuales.

Párr. 3º. En la hipótesis prevista en el inciso III, en caso de improcedencia del pedido, los interesados podrán proponer acción de indemnización a título individual.

Párr. 4º. Los efectos de la cosa juzgada a que se refieren los incisos I y II no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este código, pero, si es procedente el pedido, beneficiarán a las víctimas y sus sucesores, que podrán proceder a la liquidación y a la ejecución, en los términos de los artículos 22 a 24.

Párr. 5º. Aplícase lo dispuesto en el párrafo anterior a la sentencia penal condenatoria.

Art. 27. En las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniera modificación en el estado de hecho o de derecho, la parte podrá pedir la revisión de lo que fue decidido por sentencia.

Art. 28. La primera acción colectiva produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por objeto controversia sobre el mismo bien jurídico, también siendo diferentes el legitimado activo y la causa a pedir.

Art. 29. Si hubiere conexión entre las causas colectivas, se produce prevención del juez que conoció de la primera acción.

Art. 30. La acción colectiva no genera litispendencia para las acciones individuales, pero los efectos de la cosa juzgada a que aluden los incisos I, II y III del artículo 26 no beneficiarán a los actores de las acciones individuales, si no fuera requerida su suspensión en el plazo de 30 (treinta) días, a contar desde el conocimiento efectivo de la acción colectiva.

CAPÍTULO VI - DE LA ACCIÓN COLECTIVA PASIVA

Art. 31. Cualquier clase de acción puede ser propuesta contra una colectividad organizada o que tenga representante adecuado, en los términos del párrafo 2º del artículo 2º de este código, y desde que el bien jurídico a ser tutelado sea transindividual (artículo 1º).

Art. 32. El Ministerio Público deberá intervenir necesariamente en el proceso como fiscal de la ley.

Art. 33. Cuando el bien jurídico a ser tutelado fuera de naturaleza indivisible, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes, vinculando a los miembros del grupo, categoría o clase.

Art. 34. Cuando el bien jurídico a ser tutelado fuera de naturaleza divisible, la cosa juzgada no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán promover acciones propias para evitar la eficacia de la sentencia en su esfera jurídica individual.

CAPÍTULO VII - DISPOSICIONES FINALES

Art. 35. Este código será interpretado de forma abierta y flexible, compatible con la tutela colectiva de los intereses y derechos de que trata.

Art. 36. Aplícanse subsidiariamente en lo que no fueran incompatibles, las disposiciones del Código de Proceso Civil y legislación especial pertinente.

Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial

para la Provincia de Buenos Aires (autores, doctores Isidoro Eisner, Roland Arazi, Mario E. Kaminker

y Augusto M. Morello).

Capítulo IV: Tutela de ciertos intereses o derechos

Art. 61 [Intereses o Derechos Difusos]. - Cuando el litigio verse sobre los denominados intereses o derechos difusos, tales como la defensa del medio ambiente, de la calidad de vida, de valores culturales, a favor de la ética colectiva y en general los que pertenezcan a un grupo o categoría indeterminada de personas, estarán legitimados para promover la acción pertinente: el Defensor del Pueblo, el Ministerio público y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido. Mediando dudas fundadas sobre la legitimación de los interesados y, en su caso, acerca del modo adecuado de conducir el proceso, el juez procederá con arreglo a lo establecido por el art. 319.

Art. 62 [Sentencia. Alcance]. - La sentencia dictada en proceso promovido sobre intereses difusos tendrá eficacia general para todos los miembros del grupo representados por quien interviniera en el litigio, salvo si fuere absolutoria por falta de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso.

Art. 63 [Ministerio público. Facultades y deberes].- El Ministerio público, en los casos en que no promueva la acción, tendrá activa intervención en estos litigios en resguardo de la sinceridad y transparencia de la legitimación y su adecuada defensa.

Deberá, asimismo, suplir las omisiones o deficiencias que puedan repercutir negativamente en el resultado del juicio.

Art. 64 [Intervención de las entidades a que se refiere el art. 61].- A petición de parte, del Ministerio público, del Defensor del Pueblo o de oficio, el juez podrá citar, en los términos del art. 94 de este

Código, a las entidades que a su juicio cumplimenten los recaudos establecidos en el art. 61. Tales entidades podrán intervenir en el proceso conforme al art. 90, inc. 2°.

(1) Lectura procesal de temas sustanciales, Platense, 2000, pág. 11 y sigs.

(2) Conf. Tendencias de los Congresos Internacionales de Derecho procesal, Rubinzal-Culzoni, 2001.(3) El proceso civil moderno, Platense, 2001 (el proceso colectivo), págs. 547 y sigs. El Dr. Adolfo A. Rivas, en la 3ª edición de su admirable obra sobre el amparo (La Rocca) desarrolla el tema de los procesos colectivos, abastecido de reciente bibliografía.

(4) Conf. PRIEUR, MICHEL, La noción de patrimonio común, JA, 1998-IV-1014.

(5) Ampliamente, en MORELLO, AUGUSTO M., La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino, Platense, 1999; ídem, La justicia de frente a la realidad, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 180 y sigs., §§ 139 y sigs.; en nota 135, amplias referencias bibliográficas.

(6) Pensando en organizaciones grupales; entidades intermedias, ligas y afines, en las que se espejan los derechos trans o meta individuales, de naturaleza indivisible pertenecientes (que se radican) en los miembros de colectividades consideradas como un todo; el proyecto siguiendo al Código de Defensa del Consumidor ejemplifica en derechos al ambiente, servicios públicos, retiro del mercado de productos nocivos, publicidad incorrecta, desleal o abusiva, etcétera.

(7) Cabe recordar -y ello es válido tanto para el proceso individual, como para el colectivo- que la garantía de la defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Ley Fundamental y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (proceso justo) y las normas procesales que la desarrollan y garantizan, no se reducen a una técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y ello no puede alcanzarse si se rehuye atender a la verdad jurídica objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia, para incidir en el sentido y resultado de la definición jurisdiccional (CS, Fallos, 323:1321, de la disidencia del Dr. Guillermo A. F.López). Y aquí es importante destacar que esta iniciativa se conecta e integra con el Anteproyecto de un Código (o Bases) Uniformes del proceso justo para Ibero (o Latino) América que el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal encomendara a los doctores Luigi Paolo Comoglio (Universidad Católica de Milán) y al suscripto (Universidad Nacional de La Plata, Argentina) que se halla en fase terminal. De manera que su deseada armonización, uniformidad de concepción, principios rectores, correspondencia con las peculiaridades de las legislaciones nacionales y el evitar asimetrías, o posibles contradicciones, favorecerá el desarrollo de una cultura procesal afín y la adaptación y flexibilización de los principios y pautas-guías. Es importante el juego sincronizado de ambos proyectos -que a su vez responden al marco y referencias del Código Modelo (Río de Janeiro, 1988) para Latino América, porque se orienta a uniformar el proceso comunitario; los sistemas y

ordenamientos jurídicos de fondo e instrumentales para nuestras naciones.

(8) MORELLO, AUGUSTO M., y MORELLO, GUILLERMO C., Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, Platense, 2002; MORELLO, AUGUSTO M., El Derecho en la Vida, Platense, 2002 y sus referencias.

(9) El Anteproyecto, como se puntualizó, agrega a otra esfera o posición, la de los derechos individuales homogéneos que son los que provienen de un origen común (por caso el derecho a la jubilación móvil del 82% del sueldo en actividad, que involucra a todos los afiliados que se encuentren en esa situación de derecho, que atribuyó o reconoce el contrato, la ley, etc.).

(10) No se trata de privilegiar en exclusividad el elenco grupal de los legitimados. La función jurisdiccional y sus resultados son públicos; el control de legalidad y la real cobertura del principio de razonabilidad a la luz de la Constitución y los Tratados está reservado al Ministerio Público. También para evaluar la razonabilidad del ejercicio del poder de policía y profundizar la conformación del mercado con el Derecho y los valores involucrados (ver CS, Fallos, 323:9278).

La índole y jerarquía de los derechos se conjuga con el estado de necesidad y urgencia en darle satisfacción (personas afectadas de SIDA; provisión urgente de remedios o listas de espera en enfermedades u operaciones de alta complejidad) remiten a que la protección del derecho a la salud es una obligación impostergradable del Estado (Nacional o Provincial) de inversión prioritaria ello determina mayores reflejos sensibles y realistas de la tutela judicial (ver CS, Fallos, 323:1339, votos de los doctores Moliné OConnor, Boggiano, e independiente del doctor Vázquez). En ese precedente -y su doctrina es válida para la mayoría de los derechos fundamentales de la persona, en la perspectiva de esta hora -se recordó que el derecho a la vida (para nosotros a la vida digna), es un derecho (el primero de todos, junto con la libertad); más que un derecho no enunciado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él; a su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (CS, Fallos, 323:1339, citado).

(11) Cfme. CS, Fallos, 323:1406, 1460, 1491; 3289, 3619.

(*) Este es el concepto del Código brasileño de Defensa del Consumidor. Pero para un concepto menos individualista, pero volcado a los bienes tutelados, se sugiere alternativamente la siguiente redacción: I - intereses o derechos difusos, así entendidos, para efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, pertinentes a toda la colectividad [ej.: ambiente, servicios públicos, retiro de productos nocivos del mercado, publicidad correcta, etc.]