

# LA COMPETITIVIDAD Y SUS EFECTOS MUEVEN LOS CIMIENTOS CLÁSICOS DEL DERECHO PROCESAL<sup>1</sup>

Dr. PRIMITIVO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

Fecha de recepción: 7 de mayo de 2007 – Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2007

## Resumen

*La pretensión básica del presente trabajo concierne a la difusión, particularmente en Bolivia, sobre las tendencias actuales del derecho procesal, de modo general. Indudablemente, el sistema descriptivo y correlacional o comparativo de algunos institutos esenciales y clásicos del derecho procesal civil y en relación al tratamiento doctrinal de los mismos institutos procesales en el nuevo “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” constituye el núcleo del mismo y la aspiración de que los cultores del derecho procesal nacional tengan la oportunidad de tomar contacto con las corrientes de la actualidad y nuestros amigos vecinos puedan conocer brevemente la realidad procesal boliviana; naturalmente, a partir del enfoque del que escribe. Realidad procesal y sus entornos.*

**Palabras Clave:** *Procesos colectivos, competitividad.*

## Abstract

*The basic pretense of the present work concerns to the diffusion, particularly in Bolivia, on the current tendencies of the procedural right, in a general way. Undoubtedly, the descriptive system and correlational or comparative of some essential and classic institutes of the civil procedural right and in relation to the doctrinal treatment of the same procedural institutes in the new one “Model Code of Collective Processes for Iberoamérica” it constitutes the nucleus of the same one and the aspiration that the cultores of the national procedural right has the opportunity to take contact with the currents of the present time and our neighboring friends can know the Bolivian procedural reality shortly; naturally, starting from the focus of the one that writes. Procedural reality and their environments.*

**Key Words:** *Class action, competitiveness.*

## Introducción

Indudablemente, el desmoronamiento del socialismo en el concierto mundial ha derivado en la permanencia solitaria del sistema capitalista y sin un competidor antagónico de real valía. Ocurre que la dialéctica de la “*lucha de los contrarios*” del sistema liberal capitalista, ha trasladado la pugna al interior mismo del sistema. Naturalmente, las economías de “*escala*” fundadas en el componente de orden: “*económico-comercial*” han sido el catalizador exclusivo y central de la “*competitividad*” imperante y la atención colateral o marginal de los demás componentes, particularmente el de naturaleza social. Bajo esta perspectiva, el desgaste y resultado del modelo competitivo ha sido previsible y los efectos lacerantes han sido de mayor alcance en los países del tercer mundo –como Bolivia– con una escasa probabilidad de competir en los mercados internacionales y que ha derivado en el cierre de las empresas y un incremento desmedido del desempleo. La respuesta al escenario descrito ha sido la propia dialéctica de la negación del sistema liberal y plasmado en la reacción de

---

<sup>1</sup> El artículo ha sido preparado para varias conferencias en Bolivia (nivel nacional) a partir del 27 de julio de 2005 y con la intención de difundir el “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”. Aún persiste dicha labor.

los movimientos sociales de masa o de grupos, en menor o mayor grado a los que vive Bolivia en la actualidad y de manera gradual.

La “*responsabilidad social*” ha sido diseñada como una de las respuestas del modelo liberal o del sistema capitalista a través de la participación (real y efectiva) de los sectores de trabajadores en el proceso productivo y de los beneficios que resulten. La formulación y efectiva participación ha dejado de ser personal o individual y ha sido convertida en una petición de grupos o de manera colectiva y que concierne a los derechos de tercera generación, denominados: *derechos de solidaridad*, entre ellos el derecho de los consumidores, medio ambiente y otros. En la actualidad, la “*normativa sustantiva*” (que parte de las propias Cartas Fundamentales de los Estados y la diversidad de las leyes pilares) responden o deben responder y garantizar los derechos de las mayorías o de naturaleza colectiva. Como consecuencia implícita de aquello, la “*normativa adjetiva o procesal*” ha de tener que responder al replanteamiento de los derechos de tercera generación convertidas en tendencias o corrientes actuales que conllevan una alta dosis de tutelar derechos difusos, colectivos y homogéneos y que carecen de normatividad procesal clara y precisa para su tutela efectiva al impartir “*justicia*”. Lo que lleva a colegir que los efectos de la “*competitividad*” han provocado un socavamiento de los cimientos clásicos del derecho procesal –particularmente– civil y que han sido fuente de la normatividad procesal especial.

### **Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica**

En el mes de octubre del año 2004 ha sido aprobado por la Asamblea Ordinaria del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal<sup>2</sup> el “**Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica**” cuya exposición de motivos puntualiza:

“1. Tiene sabor a lugar común la afirmación de que el proceso tradicional no se adecua a la defensa de los derechos e intereses transindividuales, cuyas características los colocan a mitad de camino entre el interés público y el privado, siendo propios de una sociedad globalizada y resultado de conflictos de masa. Asimismo es clara la dimensión social del reconocimiento y tutela de los derechos e intereses transindividuales, por ser comunes a una colectividad de personas, y solamente a éstas. Intereses difusos y dirigidos a la tutela de necesidades colectivas, sintéticamente referibles a la calidad de vida. Intereses de masas, que comportan ofensas de masas y que colocan en contraste a grupos, categorías, clases de personas. No se trata ya de un haz de líneas paralelas, sino de un abanico de líneas que convergen hacia un objetivo común e indivisible. Aquí se insertan los intereses de los consumidores, a la protección del ambiente, de los usuarios de servicios públicos, de los inversores, de los beneficiarios de la Previsión Social y de todos aquellos que integran una comunidad compartiendo sus necesidades y sus anhelos.

*El reconocimiento y la necesidad de tutela de esos intereses pusieron de relieve su configuración política. En consecuencia, la teoría de las libertades públicas forjó una nueva “generación” de derechos fundamentales. A los derechos clásicos de primera generación, representados por las tradicionales libertades negativas, propias del Estado liberal, con el correspondiente deber de abstención por parte del Poder Público; a los derechos de segunda generación, de carácter económico-social, compuestos por libertades positivas, con el correlativo deber del Estado a un **dar, hacer o prestar**, la*

---

<sup>2</sup> La Asamblea Ordinaria del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal materializada en la ciudad de Caracas-Venezuela del 27 al 29 de octubre de 2004 ha aprobado el “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”. Las justificaciones de orden doctrinal y teóricas han sido expuestas en la “Exposición de Motivos” del aludido Código Modelo que igualmente ha sido aprobada por la Asamblea. Instrumentos que se hallan a disposición de los interesados para su análisis.

teoría constitucional agregó una tercera generación de derechos fundamentales, representados por los **derechos de solidaridad**, resultantes de los referidos intereses sociales. Y, a medida que el derecho constitucional reconoce a esos intereses la naturaleza jurídica de **derechos**, no se justifica ya la clásica discusión en torno de que esas situaciones de ventaja configuren intereses o derechos”.

La transcripción literal del párrafo anterior hace innecesario ingresar en mayores elementos de justificación de la aprobación de un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Agregar que los referentes previos han sido varios: i) las “*class actions*” del sistema norteamericano, basados en la “*equity*”, las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 y 1966 del sistema “*common law*”; ii) en los sistemas del “*civil law*” la introducción de la tutela de los intereses difusos y colectivos –de naturaleza indivisible– como primer paso en la Reforma de 1977 de la Ley de Acción Popular de la República del Brasil, posteriormente la Ley de la “*Acción Civil Pública*” de 1985, las mejoras de 1988 y el Código de Defensa del Consumidor en 1990 que ha introducido la categoría de los “*intereses individuales homogéneos*”; iii) en 1988 el Código Modelo del Proceso Civil para Iberoamérica y el Código General del Proceso de 1989 de la República del Uruguay introducen aspectos inherentes a la tutela jurisdiccional de los intereses difusos; iv) lo propio en la República de Argentina en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 1993 en los denominados “*derechos de incidencia colectiva*” bajo la tutela del amparo; v) en 1995 la Ley de Acción Popular de la República del Portugal; vi)<sup>3</sup> lo propio en Chile, Paraguay, Perú, Venezuela, Colombia –el Art. 88 de la Constitución de 1991 ha otorgado rango constitucional a las acciones populares y de grupo y mediante un Estatuto aprobado por Ley en 1998–, España –la reforma procesal del 2000 contempla la defensa de intereses transindividuales, aunque insuficiente–. En nuestro país se han dado referentes previos en el área laboral mediante las acciones colectivas incoadas por las directivas sindicales; en el área comercial la quiebra y el concurso de acreedores; en el área constitucional los recursos de inconstitucionalidad abstractos a iniciativa del Defensor del Pueblo.

## 1. La acción individual y colectiva

La **acción individual** en el Derecho Procesal Civil ha respondido a cuatro teorías desarrolladas por ilustres y consagrados cultores del derecho procesal: i) *monista*, ii) *de la autonomía*, iii) *concreta*, y, iv) *abstracta*. La alusión de las mismas ha sido menester aunque interesa al trabajo los alcances conceptuales del vocablo. Couture<sup>4</sup> –connotado precursor del derecho procesal– ha conceptualizado a la **acción** como el *poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión*. El ilustre profesor uruguayo Véscovi<sup>5</sup> ha puntualizado que la **acción** *consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales)*. Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle andamio, de poner en marcha el proceso. Con lo que, en definitiva, quien ejerce el poder tendrá una respuesta: “**la sentencia**”. Por su parte, Arazi<sup>6</sup> ha definido

<sup>3</sup> Véase Gidi, Antonio y Ferrer Mac'Gregor, Eduardo, *La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, 1ª ed., Edt. Porrúa, México, 2003. El libro ha reunido las ponencias de varios países de los profesores y estudiosos del tema y como un paso previo a la propuesta de un Código Modelo. El texto permite encontrar la información doctrinal referencial de los procesos colectivos.

<sup>4</sup> Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. 11ª, Buenos Aires, Edt. Depalma, 1981, p. 57.

<sup>5</sup> Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*, ed. 1ª, Bogotá, Edt. Temis, 1984, pp. 73-74.

<sup>6</sup> Arazi, Roland. *Elementos de Derecho Procesal*, ed. 2ª, Buenos Aires, Edt. Astrea, 1991, p. 76.

también a “la **acción** como el poder jurídico que el Estado concede al individuo para obtener del órgano jurisdiccional la formación de un proceso tendiente a la aplicación de la ley a un caso determinado”. Agrega como elementos esenciales para ejercitar la **acción**: i) *legitimación de las partes*; ii) *el interés*; y, iii) *la vigencia* que implica al derecho no prescrito y sin sentencia ejecutoriada.

En tanto que la **acción colectiva** es la acción promovida por un representante (*legitimación colectiva*), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (*objeto del litigio*), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (*cosa juzgada*), ha puntualizado Antonio Gidi<sup>7</sup> y como elementos esenciales ha señalado a: i) *la existencia del representante*; ii) *la protección de un derecho de grupo*; y, iii) *el efecto de la cosa juzgada*. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>8</sup> en cuanto al ámbito de aplicación de la **acción colectiva** (Art. 1º) ha previsto que se la ejerce para hacer valer pretensiones de la tutela de: i) *intereses o derechos difusos, que son así entendidos los **supraindividuales**, de naturaleza indivisible, del que sea el titular un **grupo, categoría o clase** de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base*; ii) *intereses o derechos individuales **homogéneos**, es decir, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un **grupo, categoría o clase***.

Garry D. Watson Q.C.<sup>9</sup>, ha destacado tres objetivos para la incorporación de las acciones colectivas en Ontario: i) “... es proporcionar un **mayor acceso a la justicia** permitiendo que los costos del litigio sean divididos entre la totalidad del grupo, haciendo económicamente posible la persecución de pretensiones que de otra manera no serían tuteladas”; ... ii) “es **mejorar la eficiencia judicial**: las acciones colectivas evitan la duplicación de la determinación de la situación fáctica y el análisis legal, y el riesgo de decisiones inconsistentes inherente en múltiples demandas individuales. En donde la alternativa de una acción colectiva es (“individualmente viable”), el litigio repetitivo respecto de los mismos asuntos que da lugar a una ineficiencia judicial... (sic)...”; iii) es lograr una **modificación en el comportamiento**: en donde la producción, etc., puede causar pequeñas cantidades de daños a un amplio número de gente que no puede acceder a un litigio individualmente, donde la función preventiva de la ley (por ejemplo en las normas de responsabilidad extra contractual) se pierde.

Murray Wilcox<sup>10</sup>, en cuanto a las acciones colectivas (class actions) en Australia hace alusión a su incorporación en 1992 y con tres requisitos esenciales: “i) que siete o más

<sup>7</sup> Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países del derecho civil*, trad. Lucio Cabrera Acevedo, ed. 1ª, Edt. Unam, México, 2004, p. 31.

<sup>8</sup> El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica –como sostiene el prof. Roberto O. Berizonce, entonces Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal–, a tiempo de la presentación del texto: *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en la gestión 2003*, hacía alusión a que el ilustre cultor del derecho procesal Mauro Cappelletti había anticipado treinta años atrás de manera lúcida las transformaciones que se gestaban en cuanto a la justicia, a través de sucesivas “oleadas” reformadoras con la intención de consagrar un mayor y más efectivo acceso a la justicia que requieren las sociedades postindustriales basadas en formas masivas de producción, distribución y consumo. El Código Modelo pretende responder a las inquietudes y afanes del mundo actual, como en forma clara previene el Art. 1º del mismo.

<sup>9</sup> Watson Q.C., Garry, *Las acciones colectivas en Canadá*, publicado en el libro conjunto: *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 27-28. Advierte que en Canadá se ha desarrollado un vigoroso régimen con relación a las acciones colectivas (class actions) y que ha sido considerado en el Reporte de la Comisión de la Ley de Reforma de Ontario sobre las acciones colectivas en 1982 para su incorporación.

<sup>10</sup> Murray, Wilcox, *Las acciones colectivas en Australia*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 43-44. En el mes de marzo de 1992 llegaron a Australia las acciones

*personas deben tener demandas contra la misma persona; ii) debe surgir de las mismas, similares o relacionadas circunstancias; y, iii) debe dar lugar a un asunto sustancial común de derecho o de hecho*". Las apreciaciones de suyo sustanciales se hallan ampliadas en el trabajo y publicado en el texto citado.

W.C.H. Ervine<sup>11</sup> desarrolla el sistema legal de Escocia que resulta mixto: i) common law inglés y, ii) el sistema romano, en una parte, en donde más de una persona desea perseguir (o defender) una pretensión en la cual todos los involucrados tengan el mismo o similar interés, como las demandas de los consumidores: compradores de bienes o servicios defectuosos y que importan daños a la propiedad o por la pérdida financiera. También la situación de los derechos de grupos que pueden ser protegidos a través de la intervención de organizaciones o individuos que no han sido directamente afectados en sí mismos pero que tienen el derecho de promover o proteger los intereses de otros.

Klauss Viitanen<sup>12</sup> hace mención que las acciones colectivas para obtener órdenes judiciales (*class actions for injunction*) en el campo de la protección al consumidor han sido posibles en Finlandia en el año 1978 (Ley de Protección al Consumidor No. 38/1978). El Defensor de los Consumidores tiene el derecho de iniciar acciones legales en contra de un comerciante en la Corte Comercial hasta la orden de suspender la comercialización del producto pero no la orden de pago de indemnizaciones a favor de aquellos consumidores que hayan sufrido una pérdida económica debido a las actividades ilegales.

Anthonie W. Jongbloed<sup>13</sup> ha señalado que las regulaciones de las acciones colectivas han sido modernizadas a partir del 1º de junio de 2001 y como resultado de una directiva de la UE en el derecho holandés. Resultan dos los tipos de acciones colectivas, ha alegado el autor: *"i) las acciones de grupo, y, ii) las acciones de interés general. La diferencia entre estas dos acciones es que en el caso de las acciones de grupo los individuos cuyos intereses están en disputa pueden ser individualizados, mientras que esto es imposible en las acciones de interés general. Los intereses involucrados en el último caso son de tal naturaleza general que virtualmente se refieren a la vida de todos... Por otra parte: el mayor reconocimiento de las acciones colectivas hace que los intereses generales de grupo sean posibles en casos en que se solicite el cumplimiento de ciertas normas en donde un procedimiento individual no sería posible"*. Resulta una mención muy resumida de las explicaciones vertidas en el trabajo específico del autor.

---

colectivas, afirma Murray que incorporó una nueva Parte (Parte IVA) a la Ley de la Corte Federal de Australia de 1976.

<sup>11</sup> Ervine, W.C.H., *Las acciones de grupo en Escocia* publicado en el libro conjunto "Procesos Colectivos", ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 77-79. Alude que en el Reino Unido, siendo un estado unitario, tiene tres sistemas legales diferentes, cada uno con su propio sistema de cortes: i) Inglaterra y Gales; ii) Irlanda del Norte; y, iii) Escocia. En los dos primeros el sistema es del "common law" en tanto en el sistema de Escocia es mixto del common law y del sistema romano.

<sup>12</sup> Viitanen, Klauss, *Las acciones colectivas en Finlandia*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp.127-128. Las acciones colectivas para la indemnización de daños aún se halla en tratamiento en un proyecto de Ley.

<sup>13</sup> Jongbloed, Anthonie W., *Las acciones colectivas en Holanda*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 167-169. Desde junio de 1994 el derecho holandés ha reconocido las regulaciones legales respecto a las acciones colectivas en Holanda. Antes de esta fecha, el derecho para presentar acciones colectivas había sido adoptado a través de decisiones judiciales y provisiones legales en casos especiales.

Yasuhei Taniguchi<sup>14</sup> puntualiza que las acciones colectivas de acuerdo con la definición y práctica en los Estados Unidos no existen en Japón. Sin embargo, alega que existen tres tipos de procedimientos que comprenden un criterio más amplio: “i) la acción representativa, la cual fue adoptada por el modificado Código de Procedimiento Civil de 1926; ii) la demanda representativa en nombre de una asociación sin personería jurídica también adoptado por código de 1926; y, iii) la acción derivativa de los accionistas adoptada por la Ley de Asociaciones de Negocios Americanizados de 1950 (cuyo libro II del Código de Comercio fue totalmente modificado). El autor también ha referido que en 1998 el Primer Ministro ha elegido al Consejo de Reforma sistemática de la Justicia. En junio de 2001 ha advertido que el reporte del Consejo ha recomendado varias reformas, no en forma precisa inherente a la acción colectiva propiamente, pero que a posteriori ha de ser una realidad.

Para el profesor Harald Koch<sup>15</sup> en el sistema alemán, existen acciones de grupos como: “i) la autorregulación de los negocios, como una forma de promoción del cumplimiento por parte de la comunidad de los negocios en sí misma; ii) la protección al consumidor,... en 1965 un derecho de acción para las asociaciones de consumidores fue introducido en la Ley de Competencia Injusta, restringida a órdenes de cumplimiento... Mientras tanto, la Unión Europea expidió la Directiva de Órdenes de Cumplimiento 98/27 estableciendo derechos de acción para las organizaciones de consumidores y las instituciones públicas en el interés de los consumidores, en un número de campos específicos como la propaganda que induce a error, las ventas puerta a puerta, las ventas a larga distancia y los términos contractuales injustos; iii) en el derecho laboral, ... las cortes laborales en Alemania son una rama independiente de la rama judicial con jurisdicción para las disputas laborales e industriales. La Ley de las Cortes Laborales le permite a los sindicatos, consejos de trabajadores o representantes de los trabajadores iniciar o participar en procedimientos respecto a la “constitución del trabajo”...; iv) en la protección ambiental,... deben distinguirse dos niveles de intervención por parte de los ambientalistas. En el nivel del procedimiento administrativo (estricto sensu) la participación es otorgada únicamente a los ciudadanos afectados con la decisión; ... en el nivel de la Corte el Código de Procedimiento Administrativo restringe la legitimación en la causa a aquellos que serán directamente afectados y vulnerados en sus derechos”. El autor ha puntualizado que las acciones de grupo descritas las considera como una excepción a los principios del procedimiento individualista; sin la autorización legal no se pueden introducir completamente instrumentos procesales nuevos. Aspecto que tiende a demorar en el tiempo.

En el área latinoamericana la iniciativa ha sido asumida por la República del Brasil de forma nítida, con un rigor menor de tratamiento profundo en los países de Argentina, Uruguay, Colombia, Paraguay, Chile, Perú, Venezuela y Bolivia, revisados más adelante.

## 2. La legitimación procesal

---

<sup>14</sup> Taniguchi, Yasuhei, *Las acciones colectivas en Japón*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 227-229. Advierte el autor que las acciones colectivas bajo el modelo class actions de los Estados Unidos están en proceso de evaluación en el Japón.

<sup>15</sup> Koch, Harald, *Procedimientos colectivos y representativos en el Procedimiento Civil Alemán*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 235-243. La apreciación del autor es que si se formula la pregunta de si las acciones colectivas existen en el procedimiento alemán, un abogado procesalista o un juez alemán responderán afirmativamente, mientras que un abogado procesal de derecho comparado (en otras palabras, un abogado familiarizado con las acciones colectivas al estilo americano así como con la estructura del procedimiento civil alemán) definitivamente negará la existencia de las mismas en Alemania.

La **legitimación procesal**, uno de los institutos que diferencia a los Modelos de Códigos que han sido preparados y aprobados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en períodos de tiempos también diferentes y que ha caracterizado a la dinámica procesal en particular.

De forma específica, se ha previsto en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988<sup>16</sup> la facultad expresa del operador de justicia de rechazar *in limine* una demanda que: i) *sea manifiestamente improponible*; ii) *no contenga los requisitos que exige la ley*; y, iii) *se trate de una acción sujeta a caducidad ya operada* (Art. 33º párrafo 1º). Es más, de su parte el demandado también se halla previsto de la atribución de objetar la pretensión del actor a través de la excepción previa de falta de legitimación procesal o de interés que surge manifiestamente de los propios términos de la demanda (Art. 123 inciso 9º inherente a la excepciones previas). El fundamento de la legitimación procesal civil ha sido sustentado, de manera obvia, en el derecho subjetivo individual tanto por los cultores clásicos y contemporáneos del derecho procesal.

En tanto que el Código Modelo inherente a los *Procesos Colectivos de 2004* para tutelar los **derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos** descritos en su artículo 1º, se ha desligado de los principios clásicos e individualistas del procedimiento civil fundado – tradicionalmente– en un interés personal y directamente ligado al resultado del litigio. Gidi<sup>17</sup> ha resaltado que: *“Ha sido muy difícil (en Brasil) asimilar el nuevo concepto de una demanda colectiva en los dogmas tradicionales de la ciencia jurídica procesal establecidos por los juristas. Para que los tribunales puedan proteger derechos de grupo, los sistemas del derecho civil (civil law systems) deben abandonar los principios ortodoxos e individualistas del procedimiento civil, los cuales tradicionalmente han demandado la existencia de un interés personal y directo en el resultado del litigio, y por esto no han permitido la representación de un grupo de personas”*. La pregunta que introduce el autor citado<sup>18</sup> resulta importante proponerla: *“Una vez reconocida, expresa o tácitamente, en el plazo del derecho material, la efectiva protección jurídica de los intereses supra-individuales y admitida la posibilidad de hacerlos valer a través del poder judicial, aún queda pendiente de solucionar una cuestión fundamental: a quién debe el derecho positivo reconocer la cualidad para proponer la acción judicial de tal tutela*. Para el derecho procesal individual las normas sustantivas y procesales han proporcionado la respuesta desde los romanos: *intuito persona* que puede actuar por sí mismo o mediante mandato. El titular nato de la legitimidad para incoar la acción colectiva originada en una controversia, ha de ser la propia comunidad o la colectividad titular del derecho material –concluye AIDI– como ente legitimado natural. El Código Modelo de Procesos Colectivos<sup>19</sup> (Art. 2º), en cuanto a la legitimación procesal, ha

---

<sup>16</sup> El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica aprobado en 1988 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que ha servido precisamente de pauta principal para un sin número de actualizaciones y modernizaciones de los procesos civiles de nuestros países, como el Anteproyecto de Código del Proceso Civil en Bolivia que ha sido presentado al Congreso para su consideración. Este Código Modelo ha incorporado con precisión en su normativa la legitimación procesal que determina la denegación de admisión de una pretensión en tanto el titular no demuestre el derecho que le asiste para poner en movimiento al órgano jurisdiccional o también como facultad del demandado mediante la excepción previa de falta de legitimación o interés.

<sup>17</sup> Gidi, Antonio, Op. Cit., p. 69.

<sup>18</sup> Gidi, Antonio, *La legitimación para demandar en las acciones colectivas*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 107-109.

<sup>19</sup> El Código Modelo para los Procesos Colectivos en los Arts. 2º y 3º regula la legitimación activa; sin embargo, también existe la legitimación **pasiva**, que importa la acción legal que debe soportar un grupo, categoría o clase

determinado como requisitos esenciales: i) **la adecuada representatividad del legitimado** cuyos elementos constitutivos importan: la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase. En el Art. 3º del Código Modelo se ha regulado de forma secuencial a los legitimados: i) las personas físicas ligadas por circunstancias de hecho; ii) cualquier miembro del grupo, categoría o clase que sea titular del derecho; iii) Ministerio Público, Defensor del Pueblo o Defensoría Pública; iv) personas jurídicas de derecho público interno: entidades y órganos de la administración pública aun sin personalidad jurídica dedicados a la defensa de intereses colectivos; v) los partidos políticos para la defensa de los derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales. Indudablemente, la legitimación procesal ha merecido una connotación diferenciada de la clásica.

### 3. La tutela jurisdiccional

La **tutela jurisdiccional** conlleva el deber del Estado de administrar justicia –por intermedio de la autoridad judicial– en cuanto a la pretensión de los actores (demandante/demandado y viceversa) y que han sido clara y de forma precisa delimitados al momento del establecimiento de la relación o situación jurídica procesal (teoría institucional incluida) entre ambas y sobre la que debe versar la decisión del operador de justicia, una vez cumplidas las etapas o fases del proceso. Importa la eficacia de la justicia. A groso modo es el epíteto del derecho procesal individual en la actualidad y sustentada por los egregios procesalistas Giovenna, Carnelutti, Calamandrei, Satta, Couture y los seguidores contemporáneos posteriores.

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica<sup>20</sup> de 1988 había pergeñado la posibilidad de una resolución o una **sentencia anticipada** sujeto a un examen o revisión de los hechos en forma colectiva y que tenga como antecedentes: i) *asuntos reiteradamente resueltos*; ii) *exista jurisprudencia constante con tendencia a mantenerse*; iii) *una verdadera urgencia*; y, iv) *la advertencia de que el actor pretende simplemente trabar el desarrollo del proceso*. Algunas legislaciones como la boliviana ha incorporado en su sistema procesal las medidas precautorias o preventivas en resguardo de evitar daños probables y perjudiciales hasta tanto se haya producido la decisión judicial.

En tanto que el Código Modelo para los Procesos Colectivos<sup>21</sup> en el Art. 5º ha regulado de manera contundente la facultad del juzgador de **anticipar total o parcialmente** los efectos

---

de personas con intereses comunes difusos, colectivos o individuales homogéneos. Antonio Gidi ha desarrollado el tema con mayor profundidad en los trabajos contenidos en los textos descritos en este trabajo.

<sup>20</sup> Efectivamente, el Art. 20º del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica anticipo lo siguiente: *Art. 20º (Resolución anticipada). Podrá dictarse resolución anticipada, realizándose el estudio en forma colectiva, en el acuerdo, cuando se tratará de asuntos reiteradamente resueltos o en los que exista jurisprudencia constante que decida mantenerse o verdadera urgencia o se advierta en la parte la mera intención de trabar el desarrollo del proceso.*

<sup>21</sup> El Art. 5º del Código Modelo para Procesos Colectivos, determina: *Art. 5º Tutela jurisdiccional anticipada. El Juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre (desde) que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y; i) exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final, o, ii) esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. Las*

de la tutela jurisdiccional (**sentencia de mérito**). El elemento central ha sido fundado en que el juzgador arribe a un pleno convencimiento sobre determinados condicionamientos: i) *temor de la ineficacia del fallo final*; ii) *comprobación del abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado*. Las diferencias con el Código Procesal Civil resaltan de las prerrogativas siguientes: a) **irreversibilidad de la tutela anticipada**: no será concedida si se ha percatado el juzgador de un peligro de irreversibilidad; b) **fundamentos del convencimiento**: el juzgador ha de exponer de forma clara y precisa los fundamentos del convencimiento; c) **revocación o modificación**: la posibilidad de revocación o modificación de la tutela anticipada ha de ser viable en cualquier momento procesal; d) **definitiva y carácter de cosa juzgada**: ante la ausencia de oposición contraria a la anticipación se hará definitiva y con el carácter de cosa juzgada.

La profesora Teresa Arruda Alvim W.<sup>22</sup> del Brasil ha examinado la existencia de un descompás que efectivamente se ha dado entre la prestación de servicios por el Estado y las necesidades de las personas, donde la prestación de la tutela jurisdiccional no ha sido ajena a dicha distancia. Más aún –alega– que no ha sido posible sentir ese descompás debido a que el derecho a la tutela jurisdiccional ha sido traducido como el derecho a una *sentencia de mérito, transitada en los juzgados*. Advierte que: “..., hoy, a la luz de los valores y de las necesidades contemporáneas, se entiende que el derecho a la prestación jurisdiccional es el derecho a la prestación **efectiva y eficaz**. En verdad, ¡poco importa si ha sido concedida por medio de sentencia transitada en juzgado!”.

El profesor Sergio Artavia Barrantes<sup>23</sup> de Costa Rica ha referido la existencia del Proyecto del Código Procesal General con la inclusión de los aspectos que conciernen a los derechos de grupos, categoría o clase. Hace alusión la tutela jurisdiccional incorporada en el Proyecto para la protección general de la salud, al medio ambiente, la conservación y el equilibrio ecológico, la prevención de desastres, conservación de las especies, valores históricos, los recursos naturales, el desarrollo urbano, la belleza escénica, los consumidores y en general la calidad de vida de grupos o categorías de personas o bienes y servicios, y otros. La norma legal proyectada –alude el autor– que ha incorporado los institutos preconizados por el Código Modelo para los Procesos Colectivos.

En la República de Colombia<sup>24</sup> la Ley No. 472 de 1998 ha regulado las acciones populares y de grupos con la finalidad de garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses

---

acotaciones complementarias han sido efectuadas por el profesor Ángel Landoni Sosa de la República del Uruguay.

<sup>22</sup> Alvim Wambier, Teresa Arruda, *Sobre la anticipación de los efectos de la tutela en la propuesta del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp.174-178.

<sup>23</sup> Artavia Barrantes, Sergio, *La protección de los intereses de grupo en el proyecto de Código Procesal General de Costa Rica*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 568-577. Es miembro de la Comisión Redactora del Proyecto del Código Procesal General que incluye aspectos relativos a los procesos colectivos, la legitimación, la materia tutelable, competencia, caducidad, integración de los grupos, las comunicaciones, la prueba, las conciliaciones, las sentencias, la cosa juzgada, la ejecución de las sentencias, los honorarios profesionales, las medidas cautelares.

<sup>24</sup> En aplicación del Art. 88º de la Constitución Política de Colombia de 1991, cuyo texto es el siguiente: *Artículo 88º. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el*

colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personas (Art. 1º). La norma procesal aludida no ha incorporado la *tutela jurisdiccional anticipada* prevista en el Código Modelo de Procesos Colectivos, en cambio, ha previsto la facultad del juez del otorgamiento de medidas cautelares antes de la notificación con la demanda o durante la sustanciación del proceso, **de oficio** o a petición de parte, debidamente motivadas, para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. La asunción de la medida cautelar no ha de suspender el curso del proceso pero si habrá de permitir la oposición del perjudicado.

La Ley del Consumidor Brasileño No. 8.078 de 11 de septiembre de 1990<sup>25</sup> no ha incorporado la *tutela jurisdiccional anticipada*, pero ha previsto que el Juez –cuando se trate del cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer– conceda la tutela o específica o vea la forma de asegurar el resultado práctico equivalente al cumplimiento: embargos, remociones, prohibiciones, etc. Una de las precursoras y redactora más importante del Código Modelo para los Procesos Colectivos: Ada Pellegrini Grinover<sup>26</sup> ha hecho marcado énfasis en la prestación de la tutela jurisdiccional a los derechos e intereses transindividuales propios de una sociedad de masas y resultado de conflictos de masas y que conciernen a los intereses de los consumidores al ambiente, de los usuarios de servicios públicos, de los inversionistas, de los beneficiarios de la Previsión Social y todos aquellos que integran una comunidad, compartiendo sus necesidades y sus ansias. Estas apreciaciones de la autora y la inmediatez imprescindible de que muchos de estos derechos merezcan una atención eficaz del operador de justicia, naturalmente, han servido de sustento al Código Modelo de los Procesos Colectivos para la incorporación de la tutela jurisdiccional anticipada.

#### 4. La naturaleza del proceso

Otro de los tópicos resaltantes del derecho procesal civil de orden subjetivo o individualista y que ha trascendido efusivamente en los estudiosos procesalistas clásicos y contemporáneos, indudablemente, ha sido la determinación de la *naturaleza del proceso*. A guisa muy somera, Enrique Véscovi<sup>27</sup> hace un repaso de las corrientes doctrinales partiendo de la *teoría del contrato* (un aparente acuerdo de voluntades); la *teoría del cuasicontrato* (ante la eventualidad de no concurrencia del demandado a la convocatoria a proceso); la *teoría de la relación jurídica* (vinculo jurídico entre las partes entre sí, luego entre ellas y el

---

*daño inferido a los derechos e intereses colectivos*, ha sido sancionada la Ley No. 472 de 5 de agosto de 1998 inherente a las Acciones Populares y de Grupo.

<sup>25</sup> El Código del Consumidor Brasileño puesto en vigencia mediante la Ley No. 8.078 de 11 de septiembre de 1990 en Brasil, tiene una de las virtudes de haber incorporado (Art. 91º) las acciones colectivas para la defensa de los intereses individuales homogéneos que no contempla la *class action* norteamericana y que implica demandar el pago de los daños individualmente sufridos. Sin embargo, no ha previsto la tutela jurisdiccional anticipada.

<sup>26</sup> Pellegrini Grinover, Ada, *Hacia un sistema iberoamericano de tutela de intereses transindividuales*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003. Escribe la Introducción del libro y describe el recorrido histórico desde las instancias de una intención hasta la aprobación del Código Modelo para los Procesos Colectivos. Ha participado en todas ellas de manera decidida y convencida de lo que implica una normatividad modelo para Iberoamérica.

<sup>27</sup> Véscovi, Enrique, Op. Cit., pp. 107-111. Comenta que sobre la naturaleza del proceso la doctrina del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se inclina por las ideas de Goldschmidt y Guasp que consideran al proceso como institución compleja, que se desenvuelve a través de una situación jurídica, originada por el planteamiento de una pretensión, por una parte, con relación a otra, y frente al juez, que de este modo ejerce su función jurisdiccional. Obviamente, la complejidad queda más exacerbada aun si se agregan los elementos contraproducentes del proceso colectivo.

juez, con derechos y obligaciones y hacia una determinada finalidad); la *teoría de la situación jurídica* (estado en que una persona se encuentra, desde el punto de vista de la sentencia que espera, con arreglos a las normas jurídicas y no de derechos y obligaciones); la *teoría de la institución* (más que una relación jurídica existe una idea común y objetiva de las partes: satisfacción de la pretensión, y la voluntad plasmada a través de las múltiples relaciones o situaciones jurídicas que se presentan). Las posiciones doctrinales aún no han resuelto la naturaleza del proceso. No obstante, las legislaciones en la mayoría han adoptado la teoría de la relación jurídica procesal, como es el caso del sistema en Bolivia.

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica ha venido a agregar elementos o institutos procesales que hacen aún mucho más compleja la tarea de enmarcar en una teoría doctrinal la naturaleza del proceso, en este caso, colectivo. En la actualidad un amplio porcentaje de la comunidad mundial ha reconocido –aún no sea mediante los instrumentos legales pertinentes– los *derechos de solidaridad* denominados de tercera generación en su enorme variedad. Lo que implica, implícitamente, el reconocimiento de los *derechos difusos, colectivos y los intereses o derechos individuales homogéneos* y que requieren del pronunciamiento del operador de justicia mediante el vehículo un proceso jurisdiccional y que debido a la supra o infra individualidad de los derechos de grupo y no individuales, resulta inapropiado el proceso individual o subjetivista. Elementos como: i) aun sin ser parte del proceso la decisión tiene efectos legales sea a favor o en contra de la persona titular de un derecho difuso o colectivo; ii) en tanto que en los derechos individuales homogéneos la decisión positiva le beneficia y no así aquella negativa al no haber sido parte; iii) la legitimación activa y pasiva y sus efectos legales; iv) la anticipación de la sentencia de mérito; v) la cosa juzgada con efecto erga omnes y en caso de rechazo por insuficiencia de pruebas, sin efecto legal, por cuanto, cualquier titular munido de las pruebas apropiadas o ignoradas puede plantear otra acción (Art. 37º). Una teorización sobre la naturaleza del proceso colectivo fundada en derechos difusos, colectivos de derechos individuales homogéneos, hace menester un replanteamiento de las doctrinas del derecho procesal subjetivista, innegablemente.

## 5. La prueba

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Art. 129º) ha dispuesto que corresponde probar, a quien pretende algo, los constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. Obviamente, responde al acuíñamiento doctrinal originada en los precursores del derecho procesal civil de corte individual.

El Código Modelo de Procesos Colectivos (Art. 12º) ha incluido a todos los medios de prueba posibles como procedentes incluida la prueba estadística o por muestreo, sin son obtenidos por medios lícitos. No ha previsto una norma específica inherente a la carga de la prueba, por cuanto, ha examinado que la carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o información específica sobre los hechos o pueda acceder con mayor facilidad a la misma. En la disyuntiva de no ser cumplida, el juez ha de impartir las órdenes necesarias para su facilitación o la convocatoria de dictámenes periciales debiendo el peritoso cubrir los importes respectivos. De surgir modificaciones de hecho o de derecho relevantes el juez podrá resolver la distribución de la carga de prueba, ampliar plazos resguardando las garantías del contradictorio. Ordenar de oficio también las pruebas que ha de considerar pertinentes al contradictorio. En los procesos denominados de *puro derecho* el operador de justicia se halla impelido a emitir fallo. En el Código Modelo de

los Procesos Colectivos (Art. 13º) el juez ha sido facultado para expedir el fallo si considera innecesaria la producción de prueba, sino implica un prejuzgamiento directo o indirecto del litigio.

De forma clara, el Código Modelo de Procesos Colectivos ha tratado de engarzar con los criterios doctrinales que hacen al proceso civil subjetivista, para evitar mayores distanciamientos conflictivos; sin embargo, las diferencias resaltan nítidamente.

## 6. La sentencia y sus alcances

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988 (Art. 184-2) en cuanto hace a los alcances de la sentencia, ha advertido que: "... Y concluirá con el fallo en el que se decidirán en forma expresa las cuestiones planteadas y respecto de las costas conforme con lo dispuesto en el Código". En nuestra legislación procesal, la puntualización sobre el alcance de la decisión judicial ha previsto límites más restringidos por cuanto postula que la sentencia debe contener decisiones expresas, positivas, precisas y recaer sobre las cosas litigadas en la manera en que hubieren sido demandadas bien para absolver o condenar. Es más, las disposiciones de la sentencia sólo comprenderán a las partes que intervinieren en el proceso y las que derivaren sus derechos de aquellas. (Arts. 190º y 194º)<sup>28</sup>. El Código Procesal Civil Modelo de 1988 también ha establecido la inmutabilidad de la sentencia, al puntualizar que producida la misma concluye la jurisdicción del Tribunal respecto a la cuestión decidida, aun sean presentados nuevos documentos o advierta el error incurrido. Bajo el mismo contenido se ha normado el Art. 196º del Procedimiento Civil de Bolivia al prohibir su sustitución, modificación y determinar la conclusión de la competencia del juez sobre el objeto del litigio.

El Código Modelo de Procesos Colectivos de 2004 ha incurrido en posiciones de avance doctrinal (posible o no) al normar la *tutela jurisdiccional anticipada o sentencia de mérito total o parcial anticipada*, como se ha desarrollado en un acápite anterior (Art. 5º). En las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar, ha dispuesto que el juez deba fijar un plazo razonable para el cumplimiento de la resolución y para el caso de inobservancia una multa diaria al demandado, **independientemente del pedido del actor**. Con posterioridad al fallo, inclusive, el juez puede modificar el importe económico **de oficio**, de tornarse insuficiente o excesivo (Arts. 6º y 7º). Para el caso de las acciones o pretensiones indemnizatorias, la sentencia que condene a la reparación de daños provocados al bien indivisible, el juez ha de disponer que el monto indemnizatorio sea transferido al **Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos**<sup>29</sup> administrado por un Consejo Gestor Gubernamental. Los fondos deben ser destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o minimizar la lesión. El Fondo puede intervenir en los procesos colectivos en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción para demostrar la inadecuación del representante o en auxilio del mismo. El juez ha sido facultado para disponer del destino de la indemnización o beneficiar de cualquier otra manera. La sentencia debe condenar en costas y honorarios (Art. 15º). El Código

---

<sup>28</sup> El Código de Procedimiento Civil de 1976 (a decir de los procesalistas bolivianos) mantiene actualidad y no requiere sino de adecuaciones parciales. De allí que el Anteproyecto de Código del Proceso Civil permanece sin tratamiento en el Congreso Nacional. En las previsiones de los Arts. 190º y 194º responde efectivamente a las corrientes doctrinales clásicas. Resulta innegable, que requiere de un remozamiento imprescindible.

<sup>29</sup> La Caja de Reparaciones en el Código Penal de Bolivia ha sido una panacea sin real aplicación o excepcionalmente. Sin lugar a dudas el Fondo de Derechos Difusos e Individuales Homogéneos con la facultad de intervención en el proceso antes o después de la sentencia del juez y para el resarcimiento del daño resultante de acciones difusas e indivisibles, constituye una propuesta que desnaturaliza los alcances de la sentencia de mérito.

Modelo ha incorporado otro elemento procesal novedoso: *la gratificación financiera* a la persona física, sindicato o asociación, si la actuación ha sido relevante en la conducción del proceso y el éxito del mismo. Este aspecto ha podido o no formar parte del *petitium* de la acción colectiva; sin embargo, el juzgador debe contemplar en la decisión de mérito. Inadmisibles, naturalmente, para la normativa fundada en la doctrina clásica, sin vuelta de hoja; sin embargo, muestra la diferencia normativa.

## 7. La cosa juzgada

Para 1988 el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Art. 194º)<sup>30</sup> ha incorporado una previsión referida en cuanto concierne a la cosa juzgada promovida en representación de intereses difusos y ha dispuesto su eficacia *erga omnes*. Al mismo tiempo, ha salvado el derecho para otro legitimado y en otro proceso en el caso de que la sentencia haya sido absoluta o favorable al demandado. Esta previsión ha servido de fuente para el Código Modelo de Procesos Colectivos, como ha de puntualizarse más adelante. En todo caso, también por disposición del Art. 192º del Código Procesal Civil la eficacia de la cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal. No obstante por previsión del Art. 193º del mismo Cuerpo Procesal Modelo, la cosa juzgada obtenida en proceso contencioso puede tener efecto en otro proceso, si se dan las condiciones siguientes: i) *que se trate del mismo objeto*; ii) *se funde en la misma causa que el anterior*; y, iii) *se trate de las mismas partes*. En nuestra legislación boliviana, se ha previsto únicamente que las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada han de ser ejecutadas sin alterar ni modificar su contenido.

En el Código Modelo de Procesos Colectivos (Art. 33º) se ha normado que en los procesos colectivos la sentencia que adquiera la calidad de cosa juzgada tendrá eficacia también *erga omnes*; si la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, y nueva prueba sobreviniente. El derecho de un nuevo proceso ha de corresponder también a quienes ostenten intereses o derechos individuales homogéneos mediante una acción individual. La situación diferente resulta para el caso de acciones por intereses o derechos difusos por daños personales o individualmente soportados, de haber sido declarados positivamente beneficiarios a las demás víctimas y sucesores de modo que pueden solicitar la liquidación y ejecución.

*“La autoridad de la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestarse de sus efectos, sean cuales sean, varios y diversos, según las diversas categorías de las sentencias”* ha descrito así, Ada Pellegrini Grinover<sup>31</sup> en las palabras propias del profesor italiano Liebman, los alcances de la cosa juzgada. Es algo más que se agrega a la sentencia para aumentar la estabilidad de sus efectos, ha puntualizado la autora. La inmutabilidad de la sentencia y de sus efectos, así

---

<sup>30</sup> El Art. 194º del Código Procesal Civil Modelo de 1988, decía: “Art. 194º (Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos). La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (Art. 53º) tendrá eficacia **erga omnes**, salvo si fuere absoluta por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado”.

<sup>31</sup> Pellegrini Grinover, Ada, *Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la teoría de Liebman*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 255-259. La autora es partidaria de la teoría *secundum eventus litis*, para el caso de rechazo de la acción colectiva. Criterio que ha originado una posición opuesta del profesor Antonio Gidi que participa del efecto *erga omnes* para las acciones colectivas.

restringida a la cosa juzgada y limitada a las partes en el proceso, no impide que terceros se opongan a la eficacia natural de la sentencia, como ocurre en el caso de los derechos individuales homogéneos que resultan derechos subjetivos clásicos, pertenecientes a determinados titulares y con la posibilidad de incoar acciones individuales, pero que por fuerza de su origen común la ley permite que sean tratados colectivamente en un único proceso. Son derechos accidentalmente colectivos: individuales y divisibles –afirma la autora–. En tanto que tratándose de derechos esencialmente colectivos, de naturaleza indivisible (los llamados derechos difusos y colectivos) el régimen de la cosa juzgada es el régimen de la eficacia *erga omnes* –remarca la autora–.

La extensión de la cosa juzgada colectiva a casos futuros y análogos, ha preocupado a algunos juristas brasileños que se dedican al estudio de la tutela de los derechos del grupo –apunta Antonio Gidi<sup>32</sup>–. Si la cosa juzgada, en las acciones colectivas no alcanza a los hechos supervenientes a su esfera tradicional de incidencia, las acciones colectivas perderían en gran parte su propia razón de ser –concluye el autor–. Es verdad que la cosa juzgada en las acciones colectivas alcanza a quien no fue parte en el proceso (*erga omnes o ultra partes*), lo que significa que los miembros del grupo –parte o no– pueden ser beneficiados por una sentencia colectiva favorable; en tanto que las personas no citadas con la demanda colectiva no pueden ser perjudicadas con el fallo positivo o negativo, a no ser que se trate de una acción colectiva **pasiva** en el que los demandados constituyen el grupo difuso o colectivo –finaliza Gidi–.

Indudablemente, el Código Modelo de Procesos Colectivos de 2004 ha incorporado y estructurado sistemáticamente la normativa dada en los diferentes países del orbe. Mérito indiscutible y modelo para el devenir en el género de procesos que regula. Para atender de forma adecuada y sistemática los derechos de tercera generación: *derechos solidarios*, como los descritos en forma resumida en el presente trabajo, impele a nuestro país la consideración y análisis del Código Modelo con la perspectiva de situarse –de forma apropiada y actualizada– con las tendencias contemporáneas procesales sin que implique trasladar in extenso las pautas del modelo sino adecuar las mismas a la realidad nacional, tan particular.

---

<sup>32</sup> Gidi, Antonio, *La cosa juzgada en acciones colectivas*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 261-293. Mantiene un criterio opuesto a la profesora Ada Pellegrini en cuanto a la tesis *secundum eventus litis*, ya que considera que en los casos por insuficiencia de pruebas “cualquier legitimado” podrá reproponer la misma acción colectiva y hasta el mismo legitimado que propuso la acción colectiva. La comunidad o la colectividad titular del derecho material (difuso y colectivo) se beneficia o perjudica de la sentencia de mérito y no el legitimado –alude Gidi–. La proposición de una nueva prueba resulta requisito esencial de admisibilidad para la reproposición de la segunda acción colectiva y corresponderá al magistrado –*in limine litis*– convencerse de que la prueba es efectivamente nueva y podrá dar, al menos potencialmente, una decisión diversa.

# LA COMPETITIVIDAD Y SUS EFECTOS MUEVEN LOS CIMIENTOS CLÁSICOS DEL DERECHO PROCESAL<sup>1</sup>

Dr. PRIMITIVO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ

Fecha de recepción: 7 de mayo de 2007 – Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2007

## Resumen

*La pretensión básica del presente trabajo concierne a la difusión, particularmente en Bolivia, sobre las tendencias actuales del derecho procesal, de modo general. Indudablemente, el sistema descriptivo y correlacional o comparativo de algunos institutos esenciales y clásicos del derecho procesal civil y en relación al tratamiento doctrinal de los mismos institutos procesales en el nuevo “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” constituye el núcleo del mismo y la aspiración de que los cultores del derecho procesal nacional tengan la oportunidad de tomar contacto con las corrientes de la actualidad y nuestros amigos vecinos puedan conocer brevemente la realidad procesal boliviana; naturalmente, a partir del enfoque del que escribe. Realidad procesal y sus entornos.*

**Palabras Clave:** *Procesos colectivos, competitividad.*

## Abstract

*The basic pretense of the present work concerns to the diffusion, particularly in Bolivia, on the current tendencies of the procedural right, in a general way. Undoubtedly, the descriptive system and correlational or comparative of some essential and classic institutes of the civil procedural right and in relation to the doctrinal treatment of the same procedural institutes in the new one “Model Code of Collective Processes for Iberoamérica” it constitutes the nucleus of the same one and the aspiration that the cultores of the national procedural right has the opportunity to take contact with the currents of the present time and our neighboring friends can know the Bolivian procedural reality shortly; naturally, starting from the focus of the one that writes. Procedural reality and their environments.*

**Key Words:** *Class action, competitiveness.*

## Introducción

Indudablemente, el desmoronamiento del socialismo en el concierto mundial ha derivado en la permanencia solitaria del sistema capitalista y sin un competidor antagónico de real valía. Ocurre que la dialéctica de la “*lucha de los contrarios*” del sistema liberal capitalista, ha trasladado la pugna al interior mismo del sistema. Naturalmente, las economías de “*escala*” fundadas en el componente de orden: “*económico-comercial*” han sido el catalizador exclusivo y central de la “*competitividad*” imperante y la atención colateral o marginal de los demás componentes, particularmente el de naturaleza social. Bajo esta perspectiva, el desgaste y resultado del modelo competitivo ha sido previsible y los efectos lacerantes han sido de mayor alcance en los países del tercer mundo –como Bolivia– con una escasa probabilidad de competir en los mercados internacionales y que ha derivado en el cierre de las empresas y un incremento desmedido del desempleo. La respuesta al escenario descrito

---

<sup>1</sup> El artículo ha sido preparado para varias conferencias en Bolivia (nivel nacional) a partir del 27 de julio de 2005 y con la intención de difundir el “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”. Aún persiste dicha labor.

ha sido la propia dialéctica de la negación del sistema liberal y plasmado en la reacción de los movimientos sociales de masa o de grupos, en menor o mayor grado a los que vive Bolivia en la actualidad y de manera gradual.

La “*responsabilidad social*” ha sido diseñada como una de las respuestas del modelo liberal o del sistema capitalista a través de la participación (real y efectiva) de los sectores de trabajadores en el proceso productivo y de los beneficios que resulten. La formulación y efectiva participación ha dejado de ser personal o individual y ha sido convertida en una petición de grupos o de manera colectiva y que concierne a los derechos de tercera generación, denominados: *derechos de solidaridad*, entre ellos el derecho de los consumidores, medio ambiente y otros. En la actualidad, la “*normativa sustantiva*” (que parte de las propias Cartas Fundamentales de los Estados y la diversidad de las leyes pilares) responden o deben responder y garantizar los derechos de las mayorías o de naturaleza colectiva. Como consecuencia implícita de aquello, la “*normativa adjetiva o procesal*” ha de tener que responder al replanteamiento de los derechos de tercera generación convertidas en tendencias o corrientes actuales que conllevan una alta dosis de tutelar derechos difusos, colectivos y homogéneos y que carecen de normatividad procesal clara y precisa para su tutela efectiva al impartir “*justicia*”. Lo que lleva a colegir que los efectos de la “*competitividad*” han provocado un socavamiento de los cimientos clásicos del derecho procesal –particularmente– civil y que han sido fuente de la normatividad procesal especial.

### **Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica**

En el mes de octubre del año 2004 ha sido aprobado por la Asamblea Ordinaria del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal<sup>2</sup> el “**Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica**” cuya exposición de motivos puntualiza:

“1. Tiene sabor a lugar común la afirmación de que el proceso tradicional no se adecua a la defensa de los derechos e intereses transindividuales, cuyas características los colocan a mitad de camino entre el interés público y el privado, siendo propios de una sociedad globalizada y resultado de conflictos de masa. Asimismo es clara la dimensión social del reconocimiento y tutela de los derechos e intereses transindividuales, por ser comunes a una colectividad de personas, y solamente a éstas. Intereses difusos y dirigidos a la tutela de necesidades colectivas, sintéticamente referibles a la calidad de vida. Intereses de masas, que comportan ofensas de masas y que colocan en contraste a grupos, categorías, clases de personas. No se trata ya de un haz de líneas paralelas, sino de un abanico de líneas que convergen hacia un objetivo común e indivisible. Aquí se insertan los intereses de los consumidores, a la protección del ambiente, de los usuarios de servicios públicos, de los inversores, de los beneficiarios de la Previsión Social y de todos aquellos que integran una comunidad compartiendo sus necesidades y sus anhelos.

*El reconocimiento y la necesidad de tutela de esos intereses pusieron de relieve su configuración política. En consecuencia, la teoría de las libertades públicas forjó una nueva “generación” de derechos fundamentales. A los derechos clásicos de primera generación, representados por las tradicionales libertades negativas, propias del Estado liberal, con el correspondiente deber de abstención por parte del Poder Público; a los derechos de segunda generación, de carácter económico-social, compuestos por*

---

<sup>2</sup> La Asamblea Ordinaria del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal materializada en la ciudad de Caracas-Venezuela del 27 al 29 de octubre de 2004 ha aprobado el “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoarmérica”. Las justificaciones de orden doctrinal y teóricas han sido expuestas en la “Exposición de Motivos” del aludido Código Modelo que igualmente ha sido aprobada por la Asamblea. Instrumentos que se hallan a disposición de los interesados para su análisis.

*libertades positivas, con el correlativo deber del Estado a un **dar, hacer o prestar**, la teoría constitucional agregó una tercera generación de derechos fundamentales, representados por los **derechos de solidaridad**, resultantes de los referidos intereses sociales. Y, a medida que el derecho constitucional reconoce a esos intereses la naturaleza jurídica de **derechos**, no se justifica ya la clásica discusión en torno de que esas situaciones de ventaja configuren intereses o derechos”.*

La transcripción literal del párrafo anterior hace innecesario ingresar en mayores elementos de justificación de la aprobación de un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Agregar que los referentes previos han sido varios: i) las “*class actions*” del sistema norteamericano, basados en la “*equity*”, las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 y 1966 del sistema “*common law*”; ii) en los sistemas del “*civil law*” la introducción de la tutela de los intereses difusos y colectivos –de naturaleza indivisible– como primer paso en la Reforma de 1977 de la Ley de Acción Popular de la República del Brasil, posteriormente la Ley de la “*Acción Civil Pública*” de 1985, las mejoras de 1988 y el Código de Defensa del Consumidor en 1990 que ha introducido la categoría de los “*intereses individuales homogéneos*”; iii) en 1988 el Código Modelo del Proceso Civil para Iberoamérica y el Código General del Proceso de 1989 de la República del Uruguay introducen aspectos inherentes a la tutela jurisdiccional de los intereses difusos; iv) lo propio en la República de Argentina en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 1993 en los denominados “*derechos de incidencia colectiva*” bajo la tutela del amparo; v) en 1995 la Ley de Acción Popular de la República del Portugal; vi)<sup>3</sup> lo propio en Chile, Paraguay, Perú, Venezuela, Colombia –el Art. 88 de la Constitución de 1991 ha otorgado rango constitucional a las acciones populares y de grupo y mediante un Estatuto aprobado por Ley en 1998–, España –la reforma procesal del 2000 contempla la defensa de intereses transindividuales, aunque insuficiente–. En nuestro país se han dado referentes previos en el área laboral mediante las acciones colectivas incoadas por las directivas sindicales; en el área comercial la quiebra y el concurso de acreedores; en el área constitucional los recursos de inconstitucionalidad abstractos a iniciativa del Defensor del Pueblo.

## 1. La acción individual y colectiva

La **acción individual** en el Derecho Procesal Civil ha respondido a cuatro teorías desarrolladas por ilustres y consagrados cultores del derecho procesal: i) *monista*, ii) *de la autonomía*, iii) *concreta*, y, iv) *abstracta*. La alusión de las mismas ha sido menester aunque interesa al trabajo los alcances conceptuales del vocablo. Couture<sup>4</sup> –connotado precursor del derecho procesal– ha conceptualizado a la **acción** como el *poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión*. El ilustre profesor uruguayo Véscovi<sup>5</sup> ha puntualizado que la **acción** *consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales)*. Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle andamio, de poner en marcha el proceso. Con lo que, en definitiva,

---

<sup>3</sup> Véase Gidi, Antonio y Ferrer Mac'Gregor, Eduardo, *La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, 1ª ed., Edt. Porrúa, México, 2003. El libro ha reunido las ponencias de varios países de los profesores y estudiosos del tema y como un paso previo a la propuesta de un Código Modelo. El texto permite encontrar la información doctrinal referencial de los procesos colectivos.

<sup>4</sup> Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. 11ª, Buenos Aires, Edt. Depalma, 1981, p. 57.

<sup>5</sup> Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*, ed. 1ª, Bogotá, Edt. Temis, 1984, pp. 73-74.

quien ejerce el poder tendrá una respuesta: “**la sentencia**”. Por su parte, Arazi<sup>6</sup> ha definido también a “**la acción** como el poder jurídico que el Estado concede al individuo para obtener del órgano jurisdiccional la formación de un proceso tendiente a la aplicación de la ley a un caso determinado”. Agrega como elementos esenciales para ejercitar la **acción**: i) *legitimación de las partes*; ii) *el interés*; y, iii) *la vigencia* que implica al derecho no prescrito y sin sentencia ejecutoriada.

En tanto que la **acción colectiva** es la acción promovida por un representante (*legitimación colectiva*), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (*objeto del litigio*), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (*cosa juzgada*), ha puntualizado Antonio Gidi<sup>7</sup> y como elementos esenciales ha señalado a: i) *la existencia del representante*; ii) *la protección de un derecho de grupo*; y, iii) *el efecto de la cosa juzgada*. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>8</sup> en cuanto al ámbito de aplicación de la **acción colectiva** (Art. 1º) ha previsto que se la ejerce para hacer valer pretensiones de la tutela de: i) *intereses o derechos difusos, que son así entendidos los **supraindividuales**, de naturaleza indivisible, del que sea el titular un **grupo, categoría o clase** de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base*; ii) *intereses o derechos individuales **homogéneos**, es decir, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un **grupo, categoría o clase**.*

Garry D. Watson Q.C.<sup>9</sup>, ha destacado tres objetivos para la incorporación de las acciones colectivas en Ontario: i) “... es proporcionar un **mayor acceso a la justicia** permitiendo que los costos del litigio sean divididos entre la totalidad del grupo, haciendo económicamente posible la persecución de pretensiones que de otra manera no serían tuteladas”; ... ii) “**mejorar la eficiencia judicial**: las acciones colectivas evitan la duplicación de la determinación de la situación fáctica y el análisis legal, y el riesgo de decisiones inconsistentes inherente en múltiples demandas individuales. En donde la alternativa de una acción colectiva es (“individualmente viable”), el litigio repetitivo respecto de los mismos asuntos que da lugar a una ineficiencia judicial... (sic)...”; iii) es lograr una **modificación en el comportamiento**: en donde la producción, etc., puede causar pequeñas cantidades de daños a un amplio número de gente que no puede acceder a un litigio individualmente, donde la función preventiva de la ley (por ejemplo en las normas de responsabilidad extra contractual) se pierde.

---

<sup>6</sup> Arazi, Roland. *Elementos de Derecho Procesal*, ed. 2ª, Buenos Aires, Edt. Astrea, 1991, p. 76.

<sup>7</sup> Gidi, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – un modelo para países del derecho civil*, trad. Lucio Cabrera Acevedo, ed. 1ª, Edt. Unam, México, 2004, p. 31.

<sup>8</sup> El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica –como sostiene el prof. Roberto O. Berizonce, entonces Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal–, a tiempo de la presentación del texto: *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en la gestión 2003*, hacía alusión a que el ilustre cultor del derecho procesal Mauro Cappelletti había anticipado treinta años atrás de manera lúcida las transformaciones que se gestaban en cuanto a la justicia, a través de sucesivas “oleadas” reformadoras con la intención de consagrar un mayor y más efectivo acceso a la justicia que requieren las sociedades postindustriales basadas en formas masivas de producción, distribución y consumo. El Código Modelo pretende responder a las inquietudes y afanes del mundo actual, como en forma clara previene el Art. 1º del mismo.

<sup>9</sup> Watson Q.C., Garry, *Las acciones colectivas en Canadá*, publicado en el libro conjunto: *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 27-28. Advierte que en Canadá se ha desarrollado un vigoroso régimen con relación a las acciones colectivas (class actions) y que ha sido considerado en el Reporte de la Comisión de la Ley de Reforma de Ontario sobre las acciones colectivas en 1982 para su incorporación.

Murray Wilcox<sup>10</sup>, en cuanto a las acciones colectivas (class actions) en Australia hace alusión a su incorporación en 1992 y con tres requisitos esenciales: *“i) que siete o más personas deben tener demandas contra la misma persona; ii) debe surgir de las mismas, similares o relacionadas circunstancias; y, iii) debe dar lugar a un asunto sustancial común de derecho o de hecho”*. Las apreciaciones de suyo sustanciales se hallan ampliadas en el trabajo y publicado en el texto citado.

W.C.H. Ervine<sup>11</sup> desarrolla el sistema legal de Escocia que resulta mixto: i) common law inglés y, ii) el sistema romano, en una parte, en donde más de una persona desea perseguir (o defender) una pretensión en la cual todos los involucrados tengan el mismo o similar interés, como las demandas de los consumidores: compradores de bienes o servicios defectuosos y que importan daños a la propiedad o por la pérdida financiera. También la situación de los derechos de grupos que pueden ser protegidos a través de la intervención de organizaciones o individuos que no han sido directamente afectados en sí mismos pero que tienen el derecho de promover o proteger los intereses de otros.

Klauss Viitanen<sup>12</sup> hace mención que las acciones colectivas para obtener órdenes judiciales (*class actions for injunction*) en el campo de la protección al consumidor han sido posibles en Finlandia en el año 1978 (Ley de Protección al Consumidor No. 38/1978). El Defensor de los Consumidores tiene el derecho de iniciar acciones legales en contra de un comerciante en la Corte Comercial hasta la orden de suspender la comercialización del producto pero no la orden de pago de indemnizaciones a favor de aquellos consumidores que hayan sufrido una pérdida económica debido a las actividades ilegales.

Anthonie W. Jongbloed<sup>13</sup> ha señalado que las regulaciones de las acciones colectivas han sido modernizadas a partir del 1º de junio de 2001 y como resultado de una directiva de la UE en el derecho holandés. Resultan dos los tipos de acciones colectivas, ha alegado el autor: *“i) las acciones de grupo, y, ii) las acciones de interés general. La diferencia entre estas dos acciones es que en el caso de las acciones de grupo los individuos cuyos intereses están en disputa pueden ser individualizados, mientras que esto es imposible en las acciones de interés general. Los intereses involucrados en el último caso son de tal naturaleza general que virtualmente se refieren a la vida de todos... Por otra parte: el mayor reconocimiento de las acciones colectivas hace que los intereses generales de grupo sean posibles en casos en que se solicite el cumplimiento de ciertas normas en donde un procedimiento individual no*

---

<sup>10</sup> Murray, Wilcox, *Las acciones colectivas en Australia*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 43-44. En el mes de marzo de 1992 llegaron a Australia las acciones colectivas, afirma Murray que incorporó una nueva Parte (Parte IVA) a la Ley de la Corte Federal de Australia de 1976.

<sup>11</sup> Ervine, W.C.H., *Las acciones de grupo en Escocia* publicado en el libro conjunto “Procesos Colectivos”, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 77-79. Alude que en el Reino Unido, siendo un estado unitario, tiene tres sistemas legales diferentes, cada uno con su propio sistema de cortes: i) Inglaterra y Gales; ii) Irlanda del Norte; y, iii) Escocia. En los dos primeros el sistema es del “common law” en tanto en el sistema de Escocia es mixto del common law y del sistema romano.

<sup>12</sup> Viitanen, Klauss, *Las acciones colectivas en Finlandia*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp.127-128. Las acciones colectivas para la indemnización de daños aún se halla en tratamiento en un proyecto de Ley.

<sup>13</sup> Jongbloed, Antonie W., *Las acciones colectivas en Holanda*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 167-169. Desde junio de 1994 el derecho holandés ha reconocido las regulaciones legales respecto a las acciones colectivas en Holanda. Antes de esta fecha, el derecho para presentar acciones colectivas había sido adoptado a través de decisiones judiciales y provisiones legales en casos especiales.

*sería posible*". Resulta una mención muy resumida de las explicaciones vertidas en el trabajo específico del autor.

Yasuhei Taniguchi<sup>14</sup> puntualiza que las acciones colectivas de acuerdo con la definición y práctica en los Estados Unidos no existen en Japón. Sin embargo, alega que existen tres tipos de procedimientos que comprenden un criterio más amplio: "i) *la acción representativa, la cual fue adoptada por el modificado Código de Procedimiento Civil de 1926*; ii) *la demanda representativa en nombre de una asociación sin personería jurídica también adoptado por código de 1926*; y, iii) *la acción derivativa de los accionistas adoptada por la Ley de Asociaciones de Negocios Americanizados de 1950 (cuyo libro II del Código de Comercio fue totalmente modificado)*. El autor también ha referido que en 1998 el Primer Ministro ha elegido al Consejo de Reforma sistemática de la Justicia. En junio de 2001 ha advertido que el reporte del Consejo ha recomendado varias reformas, no en forma precisa inherente a la acción colectiva propiamente, pero que a posteriori ha de ser una realidad.

Para el profesor Harald Koch<sup>15</sup> en el sistema alemán, existen acciones de grupos como: "i) *la autorregulación de los negocios, como una forma de promoción del cumplimiento por parte de la comunidad de los negocios en sí misma*; ii) *la protección al consumidor,... en 1965 un derecho de acción para las asociaciones de consumidores fue introducido en la Ley de Competencia Injusta, restringida a órdenes de cumplimiento... Mientras tanto, la Unión Europea expidió la Directiva de Órdenes de Cumplimiento 98/27 estableciendo derechos de acción para las organizaciones de consumidores y las instituciones públicas en el interés de los consumidores, en un número de campos específicos como la propaganda que induce a error, las ventas puerta a puerta, las ventas a larga distancia y los términos contractuales injustos*; iii) *en el derecho laboral, ... las cortes laborales en Alemania son una rama independiente de la rama judicial con jurisdicción para las disputas laborales e industriales. La Ley de las Cortes Laborales le permite a los sindicatos, consejos de trabajadores o representantes de los trabajadores iniciar o participar en procedimientos respecto a la "constitución del trabajo"...*; iv) *en la protección ambiental,... deben distinguirse dos niveles de intervención por parte de los ambientalistas. En el nivel del procedimiento administrativo (estricto sensu) la participación es otorgada únicamente a los ciudadanos afectados con la decisión; ... en el nivel de la Corte el Código de Procedimiento Administrativo restringe la legitimación en la causa a aquellos que serán directamente afectados y vulnerados en sus derechos*". El autor ha puntualizado que las acciones de grupo descritas las considera como una excepción a los principios del procedimiento individualista; sin la autorización legal no se pueden introducir completamente instrumentos procesales nuevos. Aspecto que tiende a demorar en el tiempo.

En el área latinoamericana la iniciativa ha sido asumida por la República del Brasil de forma nítida, con un rigor menor de tratamiento profundo en los países de Argentina, Uruguay, Colombia, Paraguay, Chile, Perú, Venezuela y Bolivia, revisados más adelante.

---

<sup>14</sup> Taniguchi, Yasuhei, *Las acciones colectivas en Japón*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 227-229. Advierte el autor que las acciones colectivas bajo el modelo class actions de los Estados Unidos están en proceso de evaluación en el Japón.

<sup>15</sup> Koch, Harald, *Procedimientos colectivos y representativos en el Procedimiento Civil Alemán*, publicado en el libro conjunto *Procesos Colectivos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 235-243. La apreciación del autor es que si se formula la pregunta de si las acciones colectivas existen en el procedimiento alemán, un abogado procesalista o un juez alemán responderán afirmativamente, mientras que un abogado procesal de derecho comparado (en otras palabras, un abogado familiarizado con las acciones colectivas al estilo americano así como con la estructura del procedimiento civil alemán) definitivamente negará la existencia de las mismas en Alemania.

## 2. La legitimación procesal

La **legitimación procesal**, uno de los institutos que diferencia a los Modelos de Códigos que han sido preparados y aprobados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en períodos de tiempos también diferentes y que ha caracterizado a la dinámica procesal en particular.

De forma específica, se ha previsto en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988<sup>16</sup> la facultad expresa del operador de justicia de rechazar *in limine* una demanda que: i) *sea manifiestamente improponible*; ii) *no contenga los requisitos que exige la ley*; y, iii) *se trate de una acción sujeta a caducidad ya operada* (Art. 33º párrafo 1º). Es más, de su parte el demandado también se halla previsto de la atribución de objetar la pretensión del actor a través de la excepción previa de falta de legitimación procesal o de interés que surge manifiestamente de los propios términos de la demanda (Art. 123 inciso 9º inherente a la excepciones previas). El fundamento de la legitimación procesal civil ha sido sustentado, de manera obvia, en el derecho subjetivo individual tanto por los cultores clásicos y contemporáneos del derecho procesal.

En tanto que el Código Modelo inherente a los *Procesos Colectivos de 2004* para tutelar los **derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos** descritos en su artículo 1º, se ha desligado de los principios clásicos e individualistas del procedimiento civil fundado – tradicionalmente– en un interés personal y directamente ligado al resultado del litigio. Gidi<sup>17</sup> ha resaltado que: *“Ha sido muy difícil (en Brasil) asimilar el nuevo concepto de una demanda colectiva en los dogmas tradicionales de la ciencia jurídica procesal establecidos por los juristas. Para que los tribunales puedan proteger derechos de grupo, los sistemas del derecho civil (civil law systems) deben abandonar los principios ortodoxos e individualistas del procedimiento civil, los cuales tradicionalmente han demandado la existencia de un interés personal y directo en el resultado del litigio, y por esto no han permitido la representación de un grupo de personas”*. La pregunta que introduce el autor citado<sup>18</sup> resulta importante proponerla: *“Una vez reconocida, expresa o tácitamente, en el plazo del derecho material, la efectiva protección jurídica de los intereses supra-individuales y admitida la posibilidad de hacerlos valer a través del poder judicial, aún queda pendiente de solucionar una cuestión fundamental: a quién debe el derecho positivo reconocer la cualidad para proponer la acción judicial de tal tutela*. Para el derecho procesal individual las normas sustantivas y procesales han proporcionado la respuesta desde los romanos: *intuitu persona* que puede actuar por sí mismo o mediante mandato. El titular nato de la legitimidad para incoar la acción colectiva originada en una controversia, ha de ser la propia comunidad o la colectividad titular del derecho material –concluye AIDI– como ente legitimado natural. El

---

<sup>16</sup> El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica aprobado en 1988 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que ha servido precisamente de pauta principal para un sin número de actualizaciones y modernizaciones de los procesos civiles de nuestros países, como el Anteproyecto de Código del Proceso Civil en Bolivia que ha sido presentado al Congreso para su consideración. Este Código Modelo ha incorporado con precisión en su normativa la legitimación procesal que determina la denegación de admisión de una pretensión en tanto el titular no demuestre el derecho que le asiste para poner en movimiento al órgano jurisdiccional o también como facultad del demandado mediante la excepción previa de falta de legitimación o interés.

<sup>17</sup> Gidi, Antonio, Op. Cit., p. 69.

<sup>18</sup> Gidi, Antonio, *La legitimación para demandar en las acciones colectivas*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 107-109.

Código Modelo de Procesos Colectivos<sup>19</sup> (Art. 2º), en cuanto a la legitimación procesal, ha determinado como requisitos esenciales: i) **la adecuada representatividad del legitimado** cuyos elementos constitutivos importan: la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase. En el Art. 3º del Código Modelo se ha regulado de forma secuencial a los legitimados: i) las personas físicas ligadas por circunstancias de hecho; ii) cualquier miembro del grupo, categoría o clase que sea titular del derecho; iii) Ministerio Público, Defensor del Pueblo o Defensoría Pública; iv) personas jurídicas de derecho público interno: entidades y órganos de la administración pública aun sin personalidad jurídica dedicados a la defensa de intereses colectivos; v) los partidos políticos para la defensa de los derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales. Indudablemente, la legitimación procesal ha merecido una connotación diferenciada de la clásica.

### 3. La tutela jurisdiccional

La **tutela jurisdiccional** conlleva el deber del Estado de administrar justicia –por intermedio de la autoridad judicial– en cuanto a la pretensión de los actores (demandante/demandado y viceversa) y que han sido clara y de forma precisa delimitados al momento del establecimiento de la relación o situación jurídica procesal (teoría institucional incluida) entre ambas y sobre la que debe versar la decisión del operador de justicia, una vez cumplidas las etapas o fases del proceso. Importa la eficacia de la justicia. A groso modo es el epíteto del derecho procesal individual en la actualidad y sustentada por los egregios procesalistas Giovenda, Carnelutti, Calamandrei, Satta, Couture y los seguidores contemporáneos posteriores.

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica<sup>20</sup> de 1988 había pergeñado la posibilidad de una resolución o una **sentencia anticipada** sujeto a un examen o revisión de los hechos en forma colectiva y que tenga como antecedentes: i) *asuntos reiteradamente resueltos*; ii) *exista jurisprudencia constante con tendencia a mantenerse*; iii) *una verdadera urgencia*; y, iv) *la advertencia de que el actor pretende simplemente trabar el desarrollo del proceso*. Algunas legislaciones como la boliviana ha incorporado en su sistema procesal las medidas precautorias o preventivas en resguardo de evitar daños probables y perjudiciales hasta tanto se haya producido la decisión judicial.

En tanto que el Código Modelo para los Procesos Colectivos<sup>21</sup> en el Art. 5º ha regulado de manera contundente la facultad del juzgador de **anticiparse total o parcialmente** los efectos

---

<sup>19</sup> El Código Modelo para los Procesos Colectivos en los Arts. 2º y 3º regula la legitimación activa; sin embargo, también existe la legitimación **pasiva**, que importa la acción legal que debe soportar un grupo, categoría o clase de personas con intereses comunes difusos, colectivos o individuales homogéneos. Antonio Gidi ha desarrollado el tema con mayor profundidad en los trabajos contenidos en los textos descritos en este trabajo.

<sup>20</sup> Efectivamente, el Art. 20º del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica anticipa lo siguiente: Art. 20º (Resolución anticipada). *Podrá dictarse resolución anticipada, realizándose el estudio en forma colectiva, en el acuerdo, cuando se tratará de asuntos reiteradamente resueltos o en los que exista jurisprudencia constante que decida mantenerse o verdadera urgencia o se advierta en la parte la mera intención de trabar el desarrollo del proceso.*

<sup>21</sup> El Art. 5º del Código Modelo para Procesos Colectivos, determina: Art. 5º *Tutela jurisdiccional anticipada. El Juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela*

de la tutela jurisdiccional (**sentencia de mérito**). El elemento central ha sido fundado en que el juzgador arribe a un pleno convencimiento sobre determinados condicionamientos: i) *temor de la ineficacia del fallo final*; ii) *comprobación del abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado*. Las diferencias con el Código Procesal Civil resaltan de las prerrogativas siguientes: a) **irreversibilidad de la tutela anticipada**: no será concedida si se ha percatado el juzgador de un peligro de irreversibilidad; b) **fundamentos del convencimiento**: el juzgador ha de exponer de forma clara y precisa los fundamentos del convencimiento; c) **revocación o modificación**: la posibilidad de revocación o modificación de la tutela anticipada ha de ser viable en cualquier momento procesal; d) **definitiva y carácter de cosa juzgada**: ante la ausencia de oposición contraria a la anticipación se hará definitiva y con el carácter de cosa juzgada.

La profesora Teresa Arruda Alvim W.<sup>22</sup> del Brasil ha examinado la existencia de un descompás que efectivamente se ha dado entre la prestación de servicios por el Estado y las necesidades de las personas, donde la prestación de la tutela jurisdiccional no ha sido ajena a dicha distancia. Más aún –alega– que no ha sido posible sentir ese descompás debido a que el derecho a la tutela jurisdiccional ha sido traducido como el derecho a una *sentencia de mérito, transitada en los juzgados*. Advierte que: “..., hoy, a la luz de los valores y de las necesidades contemporáneas, se entiende que el derecho a la prestación jurisdiccional es el derecho a la prestación **efectiva y eficaz**. En verdad, ¡poco importa si ha sido concedida por medio de sentencia transitada en juzgado!”.

El profesor Sergio Artavia Barrantes<sup>23</sup> de Costa Rica ha referido la existencia del Proyecto del Código Procesal General con la inclusión de los aspectos que conciernen a los derechos de grupos, categoría o clase. Hace alusión la tutela jurisdiccional incorporada en el Proyecto para la protección general de la salud, al medio ambiente, la conservación y el equilibrio ecológico, la prevención de desastres, conservación de las especies, valores históricos, los recursos naturales, el desarrollo urbano, la belleza escénica, los consumidores y en general la calidad de vida de grupos o categorías de personas o bienes y servicios, y otros. La norma legal proyectada –alude el autor– que ha incorporado los institutos preconizados por el Código Modelo para los Procesos Colectivos.

En la República de Colombia<sup>24</sup> la Ley No. 472 de 1998 ha regulado las acciones populares y de grupos con la finalidad de garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses

---

*pretendida en el pedido inicial, siempre (desde) que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y; i) exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final, o, ii) esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado*. Las acotaciones complementarias han sido efectuadas por el profesor Ángel Landoni Sosa de la República del Uruguay.

<sup>22</sup> Alvim Wambier, Teresa Arruda, *Sobre la anticipación de los efectos de la tutela en la propuesta del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp.174-178.

<sup>23</sup> Artavia Barrantes, Sergio, *La protección de los intereses de grupo en el proyecto de Código Procesal General de Costa Rica*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 568-577. Es miembro de la Comisión Redactora del Proyecto del Código Procesal General que incluye aspectos relativos a los procesos colectivos, la legitimación, la materia tutelable, competencia, caducidad, integración de los grupos, las comunicaciones, la prueba, las conciliaciones, las sentencias, la cosa juzgada, la ejecución de las sentencias, los honorarios profesionales, las medidas cautelares.

<sup>24</sup> En aplicación del Art. 88º de la Constitución Política de Colombia de 1991, cuyo texto es el siguiente: *Artículo 88º. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el*

colectivos, así como los de grupo o de un número plural de personas (Art. 1º). La norma procesal aludida no ha incorporado la *tutela jurisdiccional anticipada* prevista en el Código Modelo de Procesos Colectivos, en cambio, ha previsto la facultad del juez del otorgamiento de medidas cautelares antes de la notificación con la demanda o durante la sustanciación del proceso, **de oficio** o a petición de parte, debidamente motivadas, para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. La asunción de la medida cautelar no ha de suspender el curso del proceso pero si habrá de permitir la oposición del perjudicado.

La Ley del Consumidor Brasileño No. 8.078 de 11 de septiembre de 1990<sup>25</sup> no ha incorporado la *tutela jurisdiccional anticipada*, pero ha previsto que el Juez –cuando se trate del cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer– conceda la tutela o específica o vea la forma de asegurar el resultado práctico equivalente al cumplimiento: embargos, remociones, prohibiciones, etc. Una de las precursoras y redactora más importante del Código Modelo para los Procesos Colectivos: Ada Pellegrini Grinover<sup>26</sup> ha hecho marcado énfasis en la prestación de la tutela jurisdiccional a los derechos e intereses transindividuales propios de una sociedad de masas y resultado de conflictos de masas y que conciernen a los intereses de los consumidores al ambiente, de los usuarios de servicios públicos, de los inversionistas, de los beneficiarios de la Previsión Social y todos aquellos que integran una comunidad, compartiendo sus necesidades y sus ansias. Estas apreciaciones de la autora y la inmediatez imprescindible de que muchos de estos derechos merezcan una atención eficaz del operador de justicia, naturalmente, han servido de sustento al Código Modelo de los Procesos Colectivos para la incorporación de la tutela jurisdiccional anticipada.

#### 4. La naturaleza del proceso

Otro de los tópicos resaltantes del derecho procesal civil de orden subjetivo o individualista y que ha trascendido efusivamente en los estudiosos procesalistas clásicos y contemporáneos, indudablemente, ha sido la determinación de la *naturaleza del proceso*. A guisa muy somera, Enrique Véscovi<sup>27</sup> hace un repaso de las corrientes doctrinales partiendo de la *teoría del contrato* (un aparente acuerdo de voluntades); la *teoría del cuasicontrato*

---

*ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos*, ha sido sancionada la Ley No. 472 de 5 de agosto de 1998 inherente a las Acciones Populares y de Grupo.

<sup>25</sup> El Código del Consumidor Brasileño puesto en vigencia mediante la Ley No. 8.078 de 11 de septiembre de 1990 en Brasil, tiene una de las virtudes de haber incorporado (Art. 91º) las acciones colectivas para la defensa de los intereses individuales homogéneos que no contempla la *class action* norteamericana y que implica demandar el pago de los daños individualmente sufridos. Sin embargo, no ha previsto la tutela jurisdiccional anticipada.

<sup>26</sup> Pellegrini Grinover, Ada, *Hacia un sistema iberoamericano de tutela de intereses transindividuales*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003. Escribe la Introducción del libro y describe el recorrido histórico desde las instancias de una intención hasta la aprobación del Código Modelo para los Procesos Colectivos. Ha participado en todas ellas de manera decidida y convencida de lo que implica una normatividad modelo para Iberoamérica.

<sup>27</sup> Véscovi, Enrique, Op. Cit., pp. 107-111. Comenta que sobre la naturaleza del proceso la doctrina del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se inclina por las ideas de Goldschmidt y Guasp que consideran al proceso como institución compleja, que se desenvuelve a través de una situación jurídica, originada por el planteamiento de una pretensión, por una parte, con relación a otra, y frente al juez, que de este modo ejerce su función jurisdiccional. Obviamente, la complejidad queda más exacerbada aun si se agregan los elementos contraproducentes del proceso colectivo.

(ante la eventualidad de no concurrencia del demandado a la convocatoria a proceso); la *teoría de la relación jurídica* (vinculo jurídico entre las partes entre sí, luego entre ellas y el juez, con derechos y obligaciones y hacia una determinada finalidad); la *teoría de la situación jurídica* (estado en que una persona se encuentra, desde el punto de vista de la sentencia que espera, con arreglos a las normas jurídicas y no de derechos y obligaciones); la *teoría de la institución* (más que una relación jurídica existe una idea común y objetiva de las partes: satisfacción de la pretensión, y la voluntad plasmada a través de las múltiples relaciones o situaciones jurídicas que se presentan). Las posiciones doctrinales aún no han resuelto la naturaleza del proceso. No obstante, las legislaciones en la mayoría han adoptado la teoría de la relación jurídica procesal, como es el caso del sistema en Bolivia.

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica ha venido a agregar elementos o institutos procesales que hacen aún mucho más compleja la tarea de enmarcar en una teoría doctrinal la naturaleza del proceso, en este caso, colectivo. En la actualidad un amplio porcentaje de la comunidad mundial ha reconocido –aún no sea mediante los instrumentos legales pertinentes– los *derechos de solidaridad* denominados de tercera generación en su enorme variedad. Lo que implica, implícitamente, el reconocimiento de los *derechos difusos, colectivos y los intereses o derechos individuales homogéneos* y que requieren del pronunciamiento del operador de justicia mediante el vehículo un proceso jurisdiccional y que debido a la supra o infra individualidad de los derechos de grupo y no individuales, resulta inapropiado el proceso individual o subjetivista. Elementos como: i) aun sin ser parte del proceso la decisión tiene efectos legales sea a favor o en contra de la persona titular de un derecho difuso o colectivo; ii) en tanto que en los derechos individuales homogéneos la decisión positiva le beneficia y no así aquella negativa al no haber sido parte; iii) la legitimación activa y pasiva y sus efectos legales; iv) la anticipación de la sentencia de mérito; v) la cosa juzgada con efecto erga omnes y en caso de rechazo por insuficiencia de pruebas, sin efecto legal, por cuanto, cualquier titular munido de las pruebas apropiadas o ignoradas puede plantear otra acción (Art. 37º). Una teorización sobre la naturaleza del proceso colectivo fundada en derechos difusos, colectivos de derechos individuales homogéneos, hace menester un replanteamiento de las doctrinas del derecho procesal subjetivista, innegablemente.

## **5. La prueba**

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Art. 129º) ha dispuesto que corresponde probar, a quien pretende algo, los constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. Obviamente, responde al acuñamiento doctrinal originada en los precursores del derecho procesal civil de corte individual.

El Código Modelo de Procesos Colectivos (Art. 12º) ha incluido a todos los medios de prueba posibles como procedentes incluida la prueba estadística o por muestreo, sin son obtenidos por medios lícitos. No ha previsto una norma específica inherente a la carga de la prueba, por cuanto, ha examinado que la carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o información específica sobre los hechos o pueda acceder con mayor facilidad a la misma. En la disyuntiva de no ser cumplida, el juez ha de impartir las órdenes necesarias para su facilitación o la convocatoria de dictámenes periciales debiendo el peritoso cubrir los importes respectivos. De surgir modificaciones de hecho o de derecho relevantes el juez podrá resolver la distribución de la carga de prueba, ampliar plazos resguardando las garantías del contradictorio. Ordenar de oficio también las

pruebas que ha de considerar pertinentes al contradictorio. En los procesos denominados de *puro derecho* el operador de justicia se halla impelido a emitir fallo. En el Código Modelo de los Procesos Colectivos (Art. 13º) el juez ha sido facultado para expedir el fallo si considera innecesaria la producción de prueba, sino implica un prejuzgamiento directo o indirecto del litigio.

De forma clara, el Código Modelo de Procesos Colectivos ha tratado de engarzar con los criterios doctrinales que hacen al proceso civil subjetivista, para evitar mayores distanciamientos conflictivos; sin embargo, las diferencias resaltan nítidamente.

## 6. La sentencia y sus alcances

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988 (Art. 184-2) en cuanto hace a los alcances de la sentencia, ha advertido que: “... Y concluirá con el fallo en el que se decidirán en forma expresa las cuestiones planteadas y respecto de las costas conforme con lo dispuesto en el Código”. En nuestra legislación procesal, la puntualización sobre el alcance de la decisión judicial ha previsto límites más restringidos por cuanto postula que la sentencia debe contener decisiones expresas, positivas, precisas y recaer sobre las cosas litigadas en la manera en que hubieren sido demandadas bien para absolver o condenar. Es más, las disposiciones de la sentencia sólo comprenderán a las partes que intervinieren en el proceso y las que derivaren sus derechos de aquellas. (Arts. 190º y 194º)<sup>28</sup>. El Código Procesal Civil Modelo de 1988 también ha establecido la inmutabilidad de la sentencia, al puntualizar que producida la misma concluye la jurisdicción del Tribunal respecto a la cuestión decidida, aun sean presentados nuevos documentos o advierta el error incurrido. Bajo el mismo contenido se ha normado el Art. 196º del Procedimiento Civil de Bolivia al prohibir su sustitución, modificación y determinar la conclusión de la competencia del juez sobre el objeto del litigio.

El Código Modelo de Procesos Colectivos de 2004 ha incurrido en posiciones de avance doctrinal (posible o no) al normar la *tutela jurisdiccional anticipada o sentencia de mérito total o parcial anticipada*, como se ha desarrollado en un acápite anterior (Art. 5º). En las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar, ha dispuesto que el juez deba fijar un plazo razonable para el cumplimiento de la resolución y para el caso de inobservancia una multa diaria al demandado, **independientemente del pedido del actor**. Con posterioridad al fallo, inclusive, el juez puede modificar el importe económico **de oficio**, de tornarse insuficiente o excesivo (Arts. 6º y 7º). Para el caso de las acciones o pretensiones indemnizatorias, la sentencia que condene a la reparación de daños provocados al bien indivisible, el juez ha de disponer que el monto indemnizatorio sea transferido al **Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos**<sup>29</sup> administrado por un Consejo Gestor Gubernamental. Los fondos deben ser destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o minimizar la lesión. El Fondo puede intervenir en los procesos colectivos en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción para demostrar la inadecuación del representante o en auxilio del mismo. El

---

<sup>28</sup> El Código de Procedimiento Civil de 1976 (a decir de los procesalistas bolivianos) mantiene actualidad y no requiere sino de adecuaciones parciales. De allí que el Anteproyecto de Código del Proceso Civil permanece sin tratamiento en el Congreso Nacional. En las previsiones de los Arts. 190º y 194º responde efectivamente a las corrientes doctrinales clásicas. Resulta innegable, que requiere de un remozamiento imprescindible.

<sup>29</sup> La Caja de Reparaciones en el Código Penal de Bolivia ha sido una panacea sin real aplicación o excepcionalmente. Sin lugar a dudas el Fondo de Derechos Difusos e Individuales Homogéneos con la facultad de intervención en el proceso antes o después de la sentencia del juez y para el resarcimiento del daño resultante de acciones difusas e indivisibles, constituye una propuesta que desnaturaliza los alcances de la sentencia de mérito.

juez ha sido facultado para disponer del destino de la indemnización o beneficiar de cualquier otra manera. La sentencia debe condenar en costas y honorarios (Art. 15º). El Código Modelo ha incorporado otro elemento procesal novedoso: *la gratificación financiera* a la persona física, sindicato o asociación, si la actuación ha sido relevante en la conducción del proceso y el éxito del mismo. Este aspecto ha podido o no formar parte del *petitium* de la acción colectiva; sin embargo, el juzgador debe contemplar en la decisión de mérito. Inadmisibles, naturalmente, para la normativa fundada en la doctrina clásica, sin vuelta de hoja; sin embargo, muestra la diferencia normativa.

## 7. La cosa juzgada

Para 1988 el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (Art. 194º)<sup>30</sup> ha incorporado una previsión referida en cuanto concierne a la cosa juzgada promovida en representación de intereses difusos y ha dispuesto su eficacia *erga omnes*. Al mismo tiempo, ha salvado el derecho para otro legitimado y en otro proceso en el caso de que la sentencia haya sido absoluta o favorable al demandado. Esta previsión ha servido de fuente para el Código Modelo de Procesos Colectivos, como ha de puntualizarse más adelante. En todo caso, también por disposición del Art. 192º del Código Procesal Civil la eficacia de la cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal. No obstante por previsión del Art. 193º del mismo Cuerpo Procesal Modelo, la cosa juzgada obtenida en proceso contencioso puede tener efecto en otro proceso, si se dan las condiciones siguientes: i) *que se trate del mismo objeto*; ii) *se funde en la misma causa que el anterior*; y, iii) *se trate de las mismas partes*. En nuestra legislación boliviana, se ha previsto únicamente que las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada han de ser ejecutadas sin alterar ni modificar su contenido.

En el Código Modelo de Procesos Colectivos (Art. 33º) se ha normado que en los procesos colectivos la sentencia que adquiera la calidad de cosa juzgada tendrá eficacia también *erga omnes*; si la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, y nueva prueba sobreviniente. El derecho de un nuevo proceso ha de corresponder también a quienes ostenten intereses o derechos individuales homogéneos mediante una acción individual. La situación diferente resulta para el caso de acciones por intereses o derechos difusos por daños personales o individualmente soportados, de haber sido declarados positivamente benefician a las demás víctimas y sucesores de modo que pueden solicitar la liquidación y ejecución.

*“La autoridad de la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestarse de sus efectos, sean cuales sean, varios y diversos, según las diversas categorías de las sentencias”* ha descrito así, Ada Pellegrini Grinover<sup>31</sup> en las palabras propias del profesor italiano Liebman, los alcances de la cosa

---

<sup>30</sup> El Art. 194º del Código Procesal Civil Modelo de 1988, decía: “Art. 194º (Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos). La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (Art. 53º) tendrá eficacia **erga omnes**, salvo si fuere absoluta por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado”.

<sup>31</sup> Pellegrini Grinover, Ada, *Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la teoría de Liebman*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 255-259. La autora es partidaria de la teoría *secundum eventus litis*, para el caso de rechazo de la acción colectiva. Criterio que ha originado una posición opuesta del profesor Antonio Gidi que participa del efecto *erga omnes* para las acciones colectivas.

juzgada. Es algo más que se agrega a la sentencia para aumentar la estabilidad de sus efectos, ha puntualizado la autora. La inmutabilidad de la sentencia y de sus efectos, así restringida a la cosa juzgada y limitada a las partes en el proceso, no impide que terceros se opongan a la eficacia natural de la sentencia, como ocurre en el caso de los derechos individuales homogéneos que resultan derechos subjetivos clásicos, pertenecientes a determinados titulares y con la posibilidad de incoar acciones individuales, pero que por fuerza de su origen común la ley permite que sean tratados colectivamente en un único proceso. Son derechos accidentalmente colectivos: individuales y divisibles –afirma la autora–. En tanto que tratándose de derechos esencialmente colectivos, de naturaleza indivisible (los llamados derechos difusos y colectivos) el régimen de la cosa juzgada es el régimen de la eficacia *erga omnes* –remarca la autora–.

La extensión de la cosa juzgada colectiva a casos futuros y análogos, ha preocupado a algunos juristas brasileños que se dedican al estudio de la tutela de los derechos del grupo –apunta Antonio Gidi<sup>32</sup>–. Si la cosa juzgada, en las acciones colectivas no alcanza a los hechos supervenientes a su esfera tradicional de incidencia, las acciones colectivas perderían en gran parte su propia razón de ser –concluye el autor–. Es verdad que la cosa juzgada en las acciones colectivas alcanza a quien no fue parte en el proceso (*erga omnes o ultra partes*), lo que significa que los miembros del grupo –parte o no– pueden ser beneficiados por una sentencia colectiva favorable; en tanto que las personas no citadas con la demanda colectiva no pueden ser perjudicadas con el fallo positivo o negativo, a no ser que se trate de una acción colectiva **pasiva** en el que los demandados constituyen el grupo difuso o colectivo –finaliza Gidi–.

Indudablemente, el Código Modelo de Procesos Colectivos de 2004 ha incorporado y estructurado sistemáticamente la normativa dada en los diferentes países del orbe. Mérito indiscutible y modelo para el devenir en el género de procesos que regula. Para atender de forma adecuada y sistemática los derechos de tercera generación: *derechos solidarios*, como los descritos en forma resumida en el presente trabajo, impele a nuestro país la consideración y análisis del Código Modelo con la perspectiva de situarse –de forma apropiada y actualizada– con las tendencias contemporáneas procesales sin que implique trasladar in extenso las pautas del modelo sino adecuar las mismas a la realidad nacional, tan particular.

---

<sup>32</sup> Gidi, Antonio, *La cosa juzgada en acciones colectivas*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Edt. Porrúa, México, 2003, pp. 261-293. Mantiene un criterio opuesto a la profesora Ada Pellegrini en cuanto a la tesis *secundum eventos litis*, ya que considera que en los casos por insuficiencia de pruebas “cualquier legitimado” podrá reproponer la misma acción colectiva y hasta el mismo legitimado que propuso la acción colectiva. La comunidad o la colectividad titular del derecho material (difuso y colectivo) se beneficia o perjudica de la sentencia de mérito y no el legitimado –alude Gidi–. La proposición de una nueva prueba resulta requisito esencial de admisibilidad para la reproposición de la segunda acción colectiva y corresponderá al magistrado –*in limine litis*– convencerse de que la prueba es efectivamente nueva y podrá dar, al menos potencialmente, una decisión diversa.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.  
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá,D.C., Colombia,  
Dirección Postal  
Instituto Colombiano de Derecho Procesal  
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax.[3104489](tel:3104489)  
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en EDITORIAL ABC.  
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.