Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

SISTEMAS DE PROTECCION AL INTERES DE LOS CONSUMIDORES Y OTROS INTERESES COLECTIVOS

Por el doctor Enrique VESCOVI

Miembro del Instituto IberoAmericano
de Derecho Procesal
(Montevideo-Uruguay)

1) *La protección del consumidor y otros intereses colectivos por el Derecho.*

PLANTEO DEL TEMA

Resulta de indudable interés el tratamiento del tema planteado al IX CONGRESO MEXICANO DE DERECHO PROCESAL el cual, por lo demás, fuera de ser una constante en gran parte de los Foros Jurídicos de nuestra época, ya había sido considerado especialmente por las VI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en 1977 en Valencia (Venezuela).[1]

Se trata, desde el ángulo de un Congreso de Derecho Procesal, de observar el fenómeno, no sólo de la protección al consumidor, sino de "otros intereses colectivos" que tienden a considerar, sea la preservación del medio ambiente, de diversos valores culturales (tesoros artísticos, históricos...) de la sociedad, así como, en general, de la defensa de grupos que carecen de representación o que responden a lo que se ha dado en llamar "intereses difusos".

Tema que, como decimos, se encuentra en la cima de los problemas de mayor interés social y por consecuencia jurídicos de nuestro mundo moderno. Y que constituye una cuestión socio-política que aparece planteada a nuestra sociedad de consumo y de masas, en sus múltiples aspectos.

En lo que atañe a la sociedad, la cuestión debe ser considerada desde

[1] De esas Jornadas no se han publicado los trabajos e informes a la misma. En lo que respecta a Uruguay, los dos relatos presentados fueron publicados por la Revista Uruguaya de Derecho Procesal: A. GELSI BIDART. El Derecho Procesal y la Protección del Consumidor. Y Enrique VESCOVI "El Derecho Procesal y la Protección del Consumidor." Rev. Urug. Der. Proc. 1978, págs. 11 y 16.

el punto de vista social y político y en lo que se refiere al Estado, la problemática se resuelve desde el punto de vista legislativo, administrativo y jurisdiccional.

No obstante y sin tampoco olvidar esta dimensión, nos toca analizar la cuestión en el plano procesal y a ello nos atendremos. De otra manera tendríamos que abarcar un amplísimo temario de otras especialidades jurídicas para considerar el tema en sus diversos aspectos. [2]

Es que el Derecho se ha encontrado que sus categorías jurídicas, referidas a los sujetos de derecho, han quedado desacompasadas con las nuevas realidades. En efecto: enseñaba la Doctrina General del Derecho —y así lo reglamentan casi todos nuestros códigos civiles— que existen dos clases de personas, la física o natural, y las llamadas morales o jurídicas, esto es colectividades a las cuales el Derecho reconocía como un sujeto, además del individuo.

Y las demás disciplinas acomodaban sus prescripciones a estos dos sujetos de derecho, la persona física o individual y la jurídica. Si acaso alguna perplejidad planteaban ciertos patrimonios que podrían no encajar en la clasificación (las fundaciones, por ejemplo), o ciertos grupos de bienes cuya individualidad se originaba en su vinculación a alguna persona (la herencia yacente derivada del causante, etcétera) o alguna otra figura que, en general, se trataba de encuadrar por las soluciones tradicionales.

Sin embargo aparece "el consumidor" que, naturalmente, no se ajusta a ninguno de los sujetos de derecho conocidos, que está integrado por personas indeterminadas y difusas, pero esenciales protagonistas en la actual sociedad de consumo, frente a las cuales se levanta la de grandes empresas, (productoras, distribuidoras, vendedoras, etcétera) y poderosos grupos financieros y multinacionales.

Y aparece la necesidad de proteger jurídicamente a esa figura y a otras similares que no tienen una personalidad jurídica. Pero el Derecho, como dice Legaz y Lacambra, o sirve para la vida o no sirve para nada y debe encontrar la fórmula. Y el proceso, como instrumento para hacer efectiva la vigencia del orden jurídico, que es el orden social traducido en normas (leyes, decretos, resoluciones, sentencias judiciales, etcétera) debe hacer efectivo ese nuevo Derecho. Pues, como también decía Ihering la función del Derecho es realizarse y lo que no es realizable no podrá ser nunca Derecho.

"El consumidor" es ese sujeto impersonal que compra los bienes de consumo y que en sus eventuales reclamaciones y defensas se encuentra solo ante el Estado, por un lado, y las grandes empresas y corporaciones por otro.

Naturalmente que una opción —y esa también se intenta— es la de

[2] Más ampliamente M. SCAPARONE "Proceso penale e interéssi collettivi" en "La tutela degli interessi diffusi nel Diritto Comparato". Milano Giuffre, 1976, p. 491 y ss.

organizar a ese consumidor en las asociaciones de consumidores, otorgarles la personería jurídica y facilitarles, de esta y otras maneras, su actuación en el campo jurídico. Pero es que, aun cuando no se organice —o para que lo haga eficazmente debemos prestarle la adecuada protección jurídica. Y dentro de ella la jurisdiccional y la procesal. Y esa protección se reclama aún cuando no forme una Asociación o cualquier otra persona de Derecho. Y este es nuestro tema.

Pero, al lado del consumidor se dice *"otros intereses colectivos"*, puesto que el problema contemporáneo no se agota en el primero, sino que aparecen involucrados en los múltiples fenómenos socio-económicos de la vida moderna otros múltiples intereses y derechos.

Conviene, en consecuencia, por una precisión de lenguaje, ponernos de acuerdo sobre los titulares de dichos derechos o intereses a que queremos referirnos.

Interés colectivo, interés público, interés difuso, interés supraindividual, son distintas expresiones con las que se designa esa comunidad de intereses entre los cuales se coloca al del consumidor, entre otros; la tutela del medio ambiente, o de tantos otros valores cuya protección persigue el Derecho y cuya titularidad jurídica se encuentra por encima de los individuos, aun cuando lo que se trata de proteger son los intereses de personas humanas, como siempre hace el Orden Jurídico (al menos para quienes nos incluimos dentro de una concepción personalista).

Puede entenderse que las expresiones que hemos utilizado tienen un contenido no totalmente idéntico,[3] pero nos parece que, desde el ángulo

[3] No obstante, queremos anotar una breve referencia sobre el tema para quien tenga interés en analizar el mismo. Ante todo digamos que hemos empleado la expresión "interés público", que esa sí no utiliza la mayoría por ser una expresión cara a los autores anglosajones, que hablan del "public interest", no en el sentido de interés del Estado o de una comunidad paraestatal, etcétera, sino con referencia al de la comunidad de los ciudadanos. Así, cuando se habla de "public interest lawyers", se quiere mencionar a los abogados que dedican su actividad, con forma institucionalmente definida, a la tutela de los intereses de ese tipo (Más ampliamente V. DENTI, "L'avvocato e la difesa di interessi collettivi" Estratto d Il Foro Italiano, Roma, 1978, Vol. C. I., fasc. 4, p. 4 y 5. Y nota Nº 4. Vide también: M. CAPPELLETTI. Access to Justice and the Welfare State. Bruxelles-Firenze, 1981, esp. págs. 85 y ss).

Respecto de las expresiones interés colectivo e interés difuso, si bien hay autores que los identifican, o al menos no los separan; otros creen encontrar una distinción.

Entre los primeros podremos citar a M. CAPPELLETTI, quien comenzó hablando en forma igual: "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettive o diffusi" Giur. it. 1975, IV, col. 49 y ss.

Anna DE VITA, en cambio, considera que de intereses colectivos se habla en función de una oomunidad de personas genéricamente organizada e identificable, mientras que los intereses difusos dan una idea de un estadio "por así decirlo lo más fluido de la realidad plurisubjetiva" ("La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella propettiva del sistema francese. Aspetti principali del problema e specificazioni in tema di protezione degli interessi dei consumatori" en "La Tutela Juridica"... cit., p. 350).

Entre nosotros BARRIOS DE ANGELIS ("Defensa Judicial de los Intereses Difusos"

procesal, dichas diferencias carecen de mayor entidad y utilidad. En cuanto nos referimos a la protección de intereses de personas que, como dijimos, no constituyen ni una personalidad física ni jurídica, sino de un grupo o una colectividad de personas:

a) que no es definida, sino que presenta contornos fluidos, móviles e imprecisos constituyendo, como se ha dicho, una comunidad abierta y cambiante.

b) que tampoco lo congrega un vínculo jurídico determinado ni definido, el cual, inclusive, puede no existir.

Por eso hablamos del consumidor, del medio ambiente, de un interés cultural, histórico, artístico, etcétera. O sea una enorme variedad de intereses —esos sí, siempre supraindividuales— que se buscan proteger, tratando de resolver los problemas jurídicos que plantea esa protección, que debe buscarse fuera de los normales carriles del ordenamiento jurídico tradicional, y —en lo que nosotros refiere— del proceso tradicional. Y frente a los problemas que intentaremos de resolver o, al menos, de plantear, la referida precisión de lenguaje no interesa.

2) *Soluciones generales del problema de la protección de intereses colectivos y el proceso.*

El problema se encara por nuestra sociedad organizada desde diversos ángulos. Hay múltiples instituciones estatales que lo contemplan, inclusive privadas, hasta han nacido, en algunos países, agrupaciones políticas (partido verde, por ejemplo en Alemania) con ese fin.

Contemplando ese amplio espectro —además tan cambiante y renovado, pese a su modernidad— el plano procesal se nos presenta minúsculo. Sin embargo no lo es tanto en la medida que, muchas de las soluciones estatales, aunque no se refieren estrictamente a lo procesal, ni siquiera a lo jurisdiccional, tienen repercusión en nuestra institución, que, por lo

en Introducción al Proceso, 2a. ed. Montevideo, 1980, p. 102) entiende que "la dimensión del grupo subjetivo es lo que hace colectivo a un interés, pero es la indeterminación de las personas que lo componen que convierte a ese interés en difuso".

Proto PISANI se inclina, como más exacta, por la designación de "superindividual" ("Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettive (o piu esattamente: superindiviual) innanzi al giudice civile ordinario" en Diritto e Giurispr. Vol. 89, Nº 6, 1974, p. 801 y ss.) Pero a su vez dice M. VILLONE ("La colocazione istituzionale dell' interesse diffuso" en "La tutela"... cit. p. 73) que no todos los intereses metaindividuales configuran intereses difusos. Así la defensa del orden y seguridad públicas se refieren a un interés supraindividual, pero no difuso.

Por otra parte la expresión "consumidor" se entiende en forma amplia "como individuo interesado en los varios aspectos de la vida social que pueden directa o indirectamente dañarlo como tal". (Vide: C. RAPISARDA "Tecniche giudiziale e stragiudiziali di protezione del consumatore Diritto Europeo e Diritto Italiano en Riv. Dir. Proc. 1981, pág. 685 y ss., esp. pág. 693).

demás, debe coordinarse con todas las otras en la solución de tan importantes problemas.

Aparece, por ejemplo, la legislación encarando soluciones, lo que parece lo más razonable y adecuado. En ese caso y por ejemplo, podríamos citar la Ley Royer, en Francia, en cuanto regula, facilita y alienta las asociaciones de consumidores y, entre otras cosas, facilita su legitimación para actuar en los procesos, en representación aún de los interesados que no forman parte de su corporación. [4]

En otros casos se dicta una ley que crea una corte especial, tal como la "Corte del Mercado" en Noruega, lo que significa, naturalmente, una solución jurisdiccional y atinente al proceso que, forzosamente, se modifica especialmente conforme a las características de los asuntos y de la propia Corte.

Asimismo tiene repercusiones procesales y jurisdiccionales la creación de una *Procuraduría especial* para la defensa del consumidor como se hace en México, o la de un funcionario como el *Ombudsman,* de procedencia escandinava y que ya ha tenido tantos imitadores entre los países de Europa (Inglaterra, con el Parliamentary Commisioner of Administration; el Mediateur en Francia; el Defensor del Pueblo, en España) o aún fuera del Viejo Continente, así en Israel, etcétera. (Más ampliamente Infra Nº 3), pueden significar soluciones al mismo problema.

Asimismo, cuando una constitución, como la brasileña, incluye la acción popular, o en otros países aparecen institutos similares (Infra Nº 3).

También, si se proclama el principio del "Public interest" y la posibilidad de "Public Lawyers", buscando un adecuado asesoramiento legal y una mejor forma de defensa de sus derechos, incluyendo el acceso a la justicia, cuestión esencial, estamos ante un tema que se resuelve, tanto en el campo legislativo como en el administrativo ("agencies", etcétera), pero que también tiene su proyección en la jurisdicción y el proceso.

Con lo cual nuestro tema, como veremos en este desarrollo y naturalmente han visto los organizadores del IX Congreso Mexicano de Derecho Procesal, adquiere una mayor proyección que la que a primera vista parece dentro de esta tan trascendente, vasta y actual problemática de la protección y la defensa de los intereses colectivos (difusos, supraindividuales...).

[4] Esta importante ley francesa establece en su artículo 46: "las asociaciones regularmente declaradas como teniendo por objeto estatutario explícito la defensa de los intereses de los consumidores, pueden, si han sido autorizadas a ese fin, ejercitar ante todas las jurisdicciones la acción civil relativa a los hechos que ocasionen un perjuicio directo o indirecto a los intereses colectivos de los consumidores. (Más ampliamente Anna DE VITA "La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese. Aspetti principali del problema e specificazioni in tema di protezione degli interessi dei consumatori" en "La tutela.." cit. p. 349 y ss. esp. p. 381/384).

Asimismo Ph. THERY. Access to Justice en France" en Access to Justice. A World Survey. Edited by M. Cappelletti y B. Garth. Giuffre Sijthoff, 1978. Vol. I, Book 1, pág. 481 y ss., esp. p. 521.

3) *Sintética visión de la cuestión en el Derecho Comparado.*

Nos parece, conforme a lo dicho, necesario efectuar una, aunque sea muy sintética, visión del Derecho comparado en procura de conocer soluciones que en los más diversos campos del Derecho se han ensayado para resolver estos problemas procesales o, al menos, con alguna proyección en el campo procesal.

Es que ante el tema de la protección de los intereses del consumidor y otros intereses colectivos se ha planteado a la sociedad actual una compleja problemática, de la cual podríamos destacar algunos puntos muy rápidamente.

a) ¿Cómo se protegen estos intereses (colectivos, difusos, supra-individuales) que, en general, por su misma naturaleza y por definición, no aparecen conjuntados ni individualizados?

b) Para lo cual es preciso preguntarse ¿cómo se detectan o individualizan o caracterizan a los grupos de consumidores, a los titulares del medio ambiente perjudicado o amenazado, a los intereses de la colectividad para la defensa de su patrimonio artístico, cultural, etcétera?

O sea, como la natural defensa por los órganos tradicionales del Estado, no se adecua a las exigencias de la vida moderna entonces cabe preguntarse ¿qué leyes hay que dictar, qué órganos crear, etcétera?

c) ¿Quién representa a esos intereses difusos, colectivos, sociales o supraindividuales, sea en general, sea en determinados problemas concretos (consumo, medio ambiente, etcétera).

d) ¿Cuáles son los intereses o de cuáles intereses se trata, a los que hay que proteger para la defensa de la sociedad o de sus miembros individualmente considerados?

e) En definitiva: los órganos y mecanismos necesarios a esos fines. Y las respuestas han sido de los más diversos y variados.

Corresponde, entonces, hacer una brevísima lista de los mismos, en especial, como dijimos, los que tienen alguna proyección en la problemática de un Congreso de Derecho Procesal Civil.

4) *Las soluciones del Derecho Comparado. (De interés procesal).*

4.1.) *La solución legislativa facilitando la actuación de las asociaciones.*

El ejemplo de la *solución típica* que usamos para este muy breve análisis comparativo, lo puede constituir la ley de 27 de diciembre de 1973, francesa, llamada *ley Royer,* la cual, pese a no haber tenido como objetivo la protección de los consumidores, favorece la creación de estas asociaciones y en especial su actuación —inclusivo en juicio— en defensa de aquéllos, integren o no el grupo y, especialmente, determina que no se le puede

objetar su falta de legitimación o interés por los tribunales para rechazar sus demandas (Infra Nº 5.3.4. Supra nota Nº 4).

Toda una amplia regulación —inclusive tendiente a verificar la seriedad de las asociaciones— se establece en esta ley que, teniendo como finalidad originaria la del mejoramiento del comercio y del artesanado, aparece como un modelo en variados puntos de nuestro amplia temática.

En múltiples países pueden verse soluciones iguales o parecidas, sea en leyes especiales o más generales, que incluyen algunas disposiciones que regulan la formación de asociaciones de defensa de estos intereses difusos: la asociación para la protección del automovilista o las Asociaciones Cooperativas de Economía Familiar de Canadá; [5] en Alemania en leyes sobre competencia desleal (1965); sobre condiciones generales de los contratos (1976) y la ley sobre descuentos y rebajas, [6] etcétera.

En el área de los países socialistas la propia organización social y política nos muestra una multitud de asociaciones del más variado tipo, las cuales pueden asumir esta representación. [7]

4.2) *La creación de organismos administrativos especiales para atender estos reclamos.*

En este campo son tan múltiples dichos organismos creados modernamente, especialmente en los países desarrollados, que resulta imposible una síntesis. Como caso típico nos permitimos tomar —dentro de la gran dificultad de selección— la Oficina de Reclamaciones de los Consumidores (en inglés *"National Board of Consumer Complaints")* instalados a partir

[5] "Access to Justice" dirigida por Mauro CAPPELLETTI, cit. Vol. I, Book 1: Access to Justice in Canada: "The economic barriers and some promissing solutions" by Robert COOPER y Brenda KASTNER, pág. 240 y ss., esp. 341 y ss. y 319 y ss.

[6] "Access to Justice in the Federal Republic of Germany, en "Access to Justice" cit. Vol. I, Book 2 by R. BENDER y C. STRECKER, pág. 529 y ss., esp. p. 570.

La referida ley alemana sobre condiciones generales de los contratos, de 9 de diciembre de 1976, por ejemplo reconoce expresameste la legitimación de las asociaciones de consumidores para actuar en juicios contra los empresarios (que hayan utilizado determinadas cláusulas prohibidas en los contratos) así como el efecto de la sentencia más allá de las partes para alcanzar a otros consumidores. (Más ampliamente: A. M. MORELLO. "Legitimación de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de los intereses difusos". En Jurisp. Arg. Diario del 11 de febrero de 1981, pág. 1 y ss., esp. págs. 7 y 8).

[7] Así lo expresan los diversos autores de dicha área que analizan este punto, señalando que si bien no hay asociaciones de consumidores, en cambio asumen la defensa de los intereses de los diversos grupos: los sindicatos, establecimientos, empresas, granjas colectivas, todos los cuales asumen la defensa no sólo de sus miembros ,sino de otras personas y de la colectividad: "Access to Justice in Soviet Union" en "Access to Justice" cit. Vol. I, Book 2, V. K. PUCHINSKY, pág. 839.

"Access to Justice in Polland". en "Access to Justice" cit. Vol. I, Book 2, by María Los, pág. 785.

del 1º de enero de 1981 en Suecia, que recibe las reclamaciones, inclusive telefónicamente, evacua consultas, procura arreglos y aconseja soluciones actuando como mediador o conciliador. [8] Sin olvidar las múltiples "Agencias" de cada uno de los estados de los Estados Unidos o las de las provincias del Canadá o del Japón y otros tantos países más de tanta variedad imposible de encuadrar o siquiera mencionar. [9]

También podemos citar en nuestra área la ley venezolana de protección al consumidor (2-IX-74) y la mexicana ya mencionada.

Muchos de estos organismos tratan de resolver las disputas por la vía de la mediación, la conciliación o el arbitraje, promoviendo el extraordinario desarrollo de lo que se ha dado en llamar genéricamente la "Justicia conciliatoria", esto es, la resolución del conflicto fuera de la maquinaria judicial, con lo cual se elude el proceso y la vía jurisdiccional. [10]

4.3) *La creación de un órgano especial que represente los intereses difusos inclusive ante la Administración o el propio Poder Judicial.*

Aquí no dudamos en establecer como la más típica solución la del *ombudsman,* institución nacida en Suecia en 1809, de gran desarrollo inicial en los países Escandinavos, con brillante trayectoria que lo hace imponer a la propia Inglaterra y Francia y, recientemente, en España, tomando el nombre francés de "Mediateur' y español de "Defensor del Pueblo". Se trata de la creación de un Fiscal o Comisario del Parlamento o delegado

[8] Este "Board" se transforma, a partir del 1º de Enero de 1981, en una agencia permanente y autónoma del Estado.

Su Presidente, Nils MANGARD, exponía su ágil organización en un trabajo presentado al Coloquio de la Asotiation International des Sciences Juridiques, celebrado en Pau, en Julio de 1981 en el que participamos, sobre "Le réglement des conflits hors des tribunaux". Según él, el Board consta de 74 miembros, más 30 funcionarios, en especial su Secretaría. Esta por múltiples mecanismos, todos ágiles y sin formalidades, resuelve, sin procedimiento estableciendo de antemano, dichos conflictos, mediante decisiones que no revisten más que la forma de un consejo o recomendación, pero que se cumplen voluntariamente en más del 85% de los casos. (No conozco aún la publicación sobre los trabajos en ese *Meeting.* Mientras no aparezca me remito a mi trabajo E. VESCOVI. "La Justicia Conciliatoria" en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1982, Nº 2, pág. 135 y ss., esp. nota Nº 27).

[9] *Para los Estados Unidos* ver: "Access to Justice in United States. The economic barriers and some promising solutions" in "Access to Justice" cit., Vol. I, Book 2, pág. 993 y ss. by: Earl JOHNSON Jr., Scott H. BICE, Steven A. BLOCH, Ann BARTHELMES DREW, Valerie KANTOR, Elizabeth SCHWARTZ and María Susana TUCKER. *Para el Canadá*: "Access to Justice in Canada" cit. en nota Nº 5. *Para el Japón*: "Access to Justice in Japan" by Takeshi KOJIMA and Yasuhei TANIGUCHI in "Access to Justice" cit., vol. I, Book 2, pág. 689 y ss.

[10] Sobre este importante tema nos referimos a los trabajos del Coloquio de Pay ya citados (Supra Nº 8) y nuestro trabajo ("La Justicia conciliatoria") y bibliografía allí citada.

de éste ante la justicia. Su evolución es muy variada y abierta en diversos sentidos, difíciles de abarcar en pocas frases. Su función, entre otras, aparece como la típica defensa de los intereses difusos (o desamparados) incluyendo los del consumidor, al punto de llegarse a crear un órgano especial al efecto: el "konsumentombudsman". [11]

El ombudsman existe en múltiples países aún fuera del área europea, como en Israel.

En Latinoamérica hay alguna institución parecida como la Procuraduría Federal del Consumidor creada por la Ley Federal de Protección al Consumidor mexicana de 1975, a la que no puedo entrar a analizar en un trabajo para un Congreso en México, donde nos la explicarán y comunicarán sus experiencias.

En algunos países el Ministerio Público asume esta función, a veces a través de cometidos especiales, o dentro de su natural competencia de defensa de los intereses de la Sociedad. Ha sido constante preocupación en los encuentros científicos considerar estas nuevas tareas del Ministerio Público, contribuyendo, de alguna manera, a representar los intereses difusos (o supraindividuales). [12]

En especial, en el área socialista, los autores destacan que su Ministerio Público, la Prokuratura, con sus amplísimas funciones, inclusive de iniciativa en el proceso civil, es el órgano adecuado a esta defensa. [13]

[11] En nuestra área iberoamericana es FAIRÉN GUILLÉN quien más ha ahondado los estudios sobre el particular: "El ombudsman y sus posibilidades en España y países iberoamericanos" en Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1979, Nº 1, pág. 15 y ss. Entre nosotros: J. A. CAGNONI. "(Control de la Administración: Ombudsman, Comisionado Parlamentario, Mediateur, Defensor del Pueblo". Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1981. D. BARRIOS DE ANGELIS: "Introducción al Proceso" Buenos Aires, 1981, Ed. Depalma.

[12] No resulta otra la razón por la cual haya sido incluido el Ministerio Público como uno de los temas del IX Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado en Teherán (setiembre de 1974) y en el primer congreso de Derecho Procesal Civil celebrado en Gantes (Bélgica) en setiembre de 1977. Respecto del primero, ver relato de M. CAPPELLETTI: "The role of the Ministére Public, the Prokuratura and the Attorney General, in civil litigation, with a glance at other forms of representation of public, and group interests in civil proceednigs" en "Public Interest parties and the active role of the judges in civil litigation" Giuffre Oceana 1975, p. 13 y ss. Respecto del segundo congrso ver relato de E. VESCOVI "Tareas del Ministerio Público en el proceso civil" en "Towards a Justice with a human face". The first International Congress on the Law in civil procedure" Kluwer Antwerpen/Deventer 1978, p. 459 y ss. Asimismo E. VESCOVI: "El Ministerio Público y la tutela de los intereses difusos en el proceso civil". Rev. U. Der. Proc. 1976, Nº 2; p. 69 y ss.

[13] Así: "Access to Justice in Soviet Union" cit. "Access to Justice in Poland" cit. y también: "Access to Justice in Hungary" by Laszlo NÉVAI en "Access to Justice" cit. Vol. I. Book 2, pág. 597 y ss., esp. p. 615. También en Israel se menciona al Ministerio Público como defensor de los derechos o intereses públicos. "Access to Justice in Israel" by Shalev GINOSSAR, en "Access to Justice" cit. Vol. I, Book 2, pág. 627 y ss., esp. p. 635.

4.4) *Solución de admitir una acción popular en defensa de intereses difusos.*

Esta solución se orienta en el sentido, aún más amplio que el que se analiza enseguida (Infra 4.5), puesto que el ensanchamiento de la legitimación para actuar, tanto en la esfera administrativa como judicial, llega a su máximo al admitirse que cualquiera puede hacerlo, en nombre de derechos o intereses colectivos, difusos o ajenos, sin ninguna autorización (como en el caso del Relator Action).

El ejemplo típico que queremos proponer es el de la Constitución brasileña de la *"açao popular"* (popularklage), al menos en la interpretación amplia que la moderna doctrina brasileña da a la disposición constitucional que permite a cualquier ciudadano constituirse en "parte legítima" para proponerla con el fin de "anular actos lesivos al patrimonio de entidades públicas". [14]

Esta solución existe, sobre todo en la jurisprudencia de algunos países y, recientemente, en la legislación, aún referida a ciertas situaciones especiales. Así podemos citar, sólo a vía de ejemplo, la posibilidad de impugnación por esta vía de las licencias urbanísticas que señala como verdadera acción concedida al "quisquis de populo" por Denti. [15]

4.5) *Las soluciones típicamente jurisdiccionales y procesales: tribunales especiales, proceso especial.*

Las demás soluciones nos conducen, más directamente a nuestro tema específico.

Así se ha planteado la necesidad de crear magistrados especializados, dentro del Poder Judicial, para este tipo de problemas. Como se han reclamado y creado, tribunales agrarios, laborales, de familia, etcétera, de acuerdo a las nuevas experiencias del llamado Derecho social [16] y también

[14] Más ampliamente: J. C. Barboza Moreira "A açã popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados "interesses difusos" en Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman "Milano, 1979, Vol. 4º, p. 2679 y ss., esp. págs. 2679/2685. También en "Temas de Direito Processual", São Paulo, 1977. Ed. Saravia, pág. 112. Asimismo en: "Aproteçao juridica dos interesses colectivos" Separata da Rev. Bras. de Dir. Proc. Vol. 24, p. 13/24. Ada Pellegrini Grinover "A tutela jurisdiccional dos interesses difusos". Rev. Urug. Der. Proc., 1977, pág. 11 y ss., esp. p. 20/23 y nota 70 en p. 21.

[15] V. Denti "Aspetti processuali della tutela dell'ambiente" Estratto dell Centro Nazionale di Prevenzione Sociale e difesa sociale. La Responsabita dell'imprese por i danni all'ambiente e ai consumatori" Giuffre, Milano, 1978, p. 68, también en progetto per la giustizia civile. Bologna 1982, p. 209 y ss.

[16] F. de Ferrari: "Los principios de la seguridad social". Montevideo, 1935. H. Fix Zamudio: "Introducción al estudio del Derecho Procesal Social" en Rev. Iber. Der. Proc. 1965, Nº 3, pág. 9 y ss.

se ha reclamado la especialización en esta nueva materia, esto es, en lugar de crear tribunales especiales fuera del Poder Judicial (Supra 4.2), hacerlo dentro del propio Poder Judicial. (Infra 5.2).

La otra solución es facilitar la actuación jurisdiccional de esos grupos. A este fin se remueven algunos de los tradicionales conceptos procesales, tal como el de la legitimación y el de la eficacia de la sentencia fuera de las partes litigantes (cosa juzgada).

Respecto del primer problema aparece el régimen de las *"class actions"*, inaugurado en la jurisprudencia norteamericana y extendido a tantos países, el del Relator Action (inglés), el del *Shareholders' Derivative Suits.*

Con lo cual entramos directamente al punto central de nuestro tema (Infra Nº 5.3).

5) *La defensa del consumidor en sus aspectos procesales.*

5.1) *Generalidades.*

En un Congreso de Derecho Procesal corresponde analizar los aspectos procesales del tema, es obvio, también y más ampliamente los jurisdiccionales.

Para lo cual se plantea el primer problema de saber si el Poder Judicial, primero, y el proceso, luego, constituyen el marco para la solución y asimismo si tienen la aptitud para ello.

Porque, en definitiva, se trata no sólo de reordenar, sino de ampliar la actividad de los tribunales para que puedan resolver la nueva problemática de la sociedad de masas y de consumo, ya sea creando nuevas jurisdicciones, ampliando poderes del juzgador o facilitando el trámite del proceso.

En definitiva, en busca de una más eficaz justicia, puesto que merece el nombre de tal, la que sirve a la solución de los nuevos conflictos y a la protección de los nuevos y cambiantes intereses. Todo lo cual es función esencial del Derecho y en los casos de conflictos o desconocimiento debe ser actuado por medio del proceso en el ámbito jurisdiccional.

No debemos desconocer que hay quien ha puesto en duda la conveniencia de ello y ha pensado que podría significar un excesivo aumento del poder de los jueces y de la inmixión del juez en la función legislativa. [17]

Naturalmente, que sin entender que los tribunales deben sustituir al legislador y su función debe ser sólo de suplencia (entendida ampliamente, como luego veremos, Infra 5.2) nos parece que la ampliación de los pode-

[17] Más ampliamente: M. CAPPELLETTI, "Access to Justice and the Welfare State". Stuttgart Bruxelles, Firenze. Alphen, 1981. esp. 12/13 y nota Nº 27.

El que se refiere a dicha "inmixtion del Juez" es Roger Perrot, a quien cita CAPPELLETTI, aunque éste reconoce que en el sistema de equilibrio de poderes corresponde al Judicial la defensa de la libertad frente al exceso de los otros. En especial que a la "mega legislación" (Infra nota Nº 18) corresponde, naturalmente, una administración "over burocratized".

res del juzgador resulta un elemento indispensable en nuestros tiempos, como lo hemos proclamado, casi unánimemente, los procesalistas, en las más diversas ramas de los nuevos procesos.

Y que, como bien se ha dicho, a una "mega-legislación y una mega-administración —dos típicas y quizás inevitables características de las modernas sociedades"— se requiere "una mega adjudicación de controles para ambas", fenómeno que se manifiesta a través de Cortes administrativas y constitucionales. [18]

Inclusive, estudiando la justicia conciliatoria y advirtiendo el descrédito en el órgano jurisdiccional que proclaman la mayoría de sus adeptos, hemos creído del caso llamar la atención sobre este fenómeno del crecimiento de las ramas administrativas y tribunales colocados en el ámbito del Poder Administrador ("Agencies", "Boards", etcétera) que, a nuestro juicio, pueden llegar a desequilibrar el sistema de frenos y contrapesos entre los Poderes que, desde Montesquieu, se proclama como suprema garantía de los derechos individuales. [19]

5.2) *Organo jurisdiccional.*

El primer problema, entonces, es plantearnos si es necesario crear un órgano jurisdiccional o dotar de mayores poderes o elementos (asesores, técnicos, etcétera) a los existentes.

Y también se plantea la cuestión en ambos casos, de saber cuál es el alcance de los poderes del juez, su verdadera función.

El tema de crear un juzgado especializado dentro del Poder Judicial, con esta competencia en realidad no aparece en el Derecho Comparado, lo cual hace pensar que no se ha sentido tal necesidad. Nosotros, en todo caso, hemos defendido siempre la especialización de los tribunales judiciales, sin exageración y sin crear procesos especiales, salvo algunas modificaciones imprescindibles requeridas por el Derecho sustantivo al cual sirve el procesal, de carácter secundario. Este tema se reproduce en materia agraria, de familia, de menores, del trabajo, etcétera, y los progresos científicos hechos en esos campos podrían aprovecharse —sea para crear o no, u organizar— si es que se resuelve en definitiva crear una jurisdicción especial.

En cuanto al aumento de los poderes del juzgador, nos atenemos, también, a la posición que hemos adoptado, prácticamente todos los procesalistas en el tema. Inclusive en las conclusiones a que hemos arribado en diversas jornadas de nuestro Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. [20]

[18] M. CAPPELLETTI "Access to Justice and the Welfare State" cit. p. 13 y ss.

[19] Más ampliamente mi trabajo de "La Justicia Conciliatoria" cit., en especial capítulo de "Conclusiones".

[20] En especial en las IV Jornadas de Caracas-Valencia de 1967, cuyos principales

El otro problema (el de los poderes del juez), es también de naturaleza general, no obstante aparece especialmente planteado y por la más relevante doctrina sobre la tutela de los intereses difusos o del medio ambiente. [21]

Se trata, de analizar, dicen estos autores, si el papel del juez, en estos casos, debe ser el de cumplir una función de garantía o de suplencia (de la legislación). Y Denti, coloca el punto de distinción en la cuestión de si existe, o no, un aparato administrativo eficiente que asuma la protección de los intereses que aquí nos ocupan, en cuyo caso la función del juez debe ser de mera garantía o, si, por el contrario, a falta de ese aparato, el juzgador debe suplir esa falta y entonces "no sólo crea la regla en base a la cual juzga el caso concreto, sino que se lanza a dictar prescripciones para los comportamientos futuros". [22]

Lo cual, por otro lado, no es más que el replanteo del viejo problema de la función de la jurisprudencia, sobre la cual hay tantas opiniones y tantos sistemas. Y entre los cuales el nuestro y el de toda Iberoamérica, es que dicha jurisprudencia no es fuente del Derecho y sólo debe atenerse a cumplir con la ley —o normatividad administrativa vigente—. Sin perjuicio de lo cual —y aquí radica la razón por la cual vienen en consideración útil los parágrafos que siguen —como siempre hemos sostenido— sin llegar a adoptar una posición kelseniana, es evidente que el juez crea un plus y su función no puede ser de mera suplencia, sin perjuicio de negarle su libertad para crear la norma de carácter general que conduce a la arbitrariedad judicial. [23]

trabajos sobre los poderes del Juzgador, especialmente en materia probatoria fueran ppblicados en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. Año 1968 en diversos números. Es, asimismo, la Conclusión de las "Bases Uniformes para la Reforma de la Legislación Procesal Civil de los Países Latino-Americanos", aprobadas en las Vas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", en Colombia Bogotá-Cartagena en 1970. Publicadas con Informe de los doctores A. GELSI BIDART y E. VESCOVI. Montevideo, 1974.

Todo lo cual se recoge en el Proyecto para un Código Procesal Modelo de Derecho Procesal Civil, redactado por los profesores: A. GELSI BIDART, Luis TORELLO y E. VÉSCOVI. a ser tratado en las VIIIas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal a celebrarse en Quito, Ecuador, en octubre de 1982.

[21] Así Loriana ZANUTTIGH en "Processo e tutela dell'ambiente nell'esperienza nordamericana" en "La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato" cit. Milano, 1976, p. 391/466 esp. p. 443. V. Denti. "Aspetti processuail..." cit. p. 53/54 y 57/58.

Entre nosotros A. LANDONI SOSA. "Legitimación para la defensa de los intereses difusos" en Rev. Urug. de Der. Proc. 1981, Nº 4, p. 350 y ss., esp. p. 358/359.

[22] Ob. cit. (supra nota Nº 15 y 21) pág. 54. O sea que en el primer caso el Juez se limita a la función de control de los entes públicos y de garantía de los interesados para que se cumplan (por el órgano administrador, especialmente) los derechos e intereses legalmente protegidos; en el otro caso, el juez asume la representación de dichos intereses, los cuales se consideran prevalentes. Esto aparece claramente, dice DENTI, en los conflictos de intereses de la producción y la tutela ambiental, con referencia, por ejemplo, a la instalación de centrales nucleares, oleuductos, etcétera (p. 57).

[23] Lo que parece indiscutible, aun sin compartir —al menos en todos sus términos—

Nos queda, por último, el problema de la competencia de estos tribunales (ordinarios o especializados).

Naturalmente que la cuestión es muy amplia y variada. Es natural que, conforme al título del tema a discutirse en el IX Congreso Mexicano de Derecho Procesal, no hay duda que aparecen, en primer lugar, los problemas del *consumidor,* lo cual nos presenta una muy amplia gama en nuestra actual sociedad de consumo.

También resulta indiscutible, que nos referimos, entre los modernos *intereses colectivos o difusos* (o supraindividuales) a la protección del *medio ambiente,* tema tan vasto que de por sí justifica una reunión científica especial. [24]

Y luego aparecen otros intereses, tales como el de la defensa de los *patrimonios artísticos, culturales,* etcétera, de la colectividad. Uno de los aspectos que nuestros colegas de Brasil han estudiado con más cuidado es la muy interesante proyección de su "acción popular". [25]

Por último —y sin pretender agotar el tema de ninguna manera— queremos referirnos a la *trascendencia internacional* del problema. Por ejemplo, el que se refiere al medio ambiente. Lo cual lleva no sólo a propiciar una acción combinada de los diversos países y una cooperación con intercambio de información legislativa y elaboración de normas nacionales comunes o modelos, [26] sino también, y en lo relativo a la jurisdicción, a resolver los problemas de Derecho internacional privado. Entre otros, por ejemplo, los que presenta a nuestra ciencia procesal —como a las demás ramas del Derecho y a toda la política internacional de los Estados— lo que podríamos llamar los daños al medio ambiente producidos transfrontera. Es decir, los ocasionados en un Estado como consecuencia de acciones (omisiones...) en otro Estado. Como la fábrica de un Estado que daña a otro, las aguas poluidas de un río que pasan a otro país, o la simple utilización de la energía hidroeléctrica (o del riego), etcétera, de cursos de agua que pasan por diversos países, etcétera. [27]

la teoría de Kelsen, de que la sentencia —como el acto administrativo— constituyen normas jurídicas (aunque individualizadas) y forman una etapa en la creación del Derecho a través de sus diversos grados (H. KELSEN. Compendio de la Teoría General del Estado". Barcelona. 1934, p. 196).

[24] Tal como ha sucedido, entre otros, por el Convocado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.: Legal protection of the Environment in Developing Countries". cuya publicación en un volumen de todos los trabajos resulta de gran interés (México, 1974).

[25] Nos remitimos especialmente a los trabajos de J. C. BARBOSA MOREIRA y Ada PELLEGRINI GRINOVER ya citados (Supra, Nota Nº 14 y bibliografía allí contenida).

[26] M. DESPAX. "Les effets de la réglementation nationale de l'environnement sur le commerce international et les investissements à l'etranger" en "Legal protection..." cit. publ. U.N.A.M. cit. p. 119 y ss.

[27] Wolfang HENDEWERK. "Liability for transfrontier environmental damage in the Federal Republic of Germany" en "Legal protection" cit. p. 243 y ss., págs. 243/251.

Todo lo cual justifica el tratamiento del tema en foros internacionales (Supra nota Nº 24), entre los que ya se cuentan los Congresos Nacionales Mexicanos de Derecho Procesal por sus participantes y trascendencia.

Así como la unificación de sistemas que deben realizarse por la acción de organismos internacionales (U.N., O.E.A.). Y también —en nuestro ámbito— por la unificación de los derechos y de los procesos, para lo cual trabajamos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal preparando códigos modelos, tanto del proceso civil como del penal, que sirvan de base a la legislación de nuestros países.

5.3.) *Las partes. La legitimación.*

Tomando el tema en su generalidad (porque si entráramos a distinguir los procesos, quizá en algunos de ellos deberíamos establecer conclusiones particulares) comenzamos el estudio del proceso propiamente dicho. En aquellos aspectos que la *protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos* (difusos) plantea problemas especiales, requiere un tratamiento especial, dejando de lado lo que puede considerarse simple aplicación de los principios procesales generales.

Porque, bueno es insistir una vez más, entendemos que existe un solo proceso, con sus principios generales, que son de aplicación normalmente, con las especialidades que el Derecho sustantivo requiere, y como sucede en el caso especial que nos ocupa.

En el comienzo se nos presenta el tema de la legitimación que es, justamente, el de mayor complejidad en la problemática de la protección procesal del interés colectivo o difuso.

No podemos menos que volver a hacer una breve incursión en el Derecho comparado, con referencia específica a la cuestión de la legitimación, en especial para analizar las soluciones que encontramos (como más típicas, insistiremos) respecto del tema.

Que, dicho sea de paso, presenta una mayor complejidad en cuanto al legitimado activo, esto es, quien representa los intereses difusos, que en cuanto al legitimado pasivo.

5.3.1) *Las class actions.*

Uno de los más claros ejemplos de lo que podríamos llamar una legitimación en representación de intereses colectivos y difusos, que permite accionar en juicio en defensa de un grupo (clase), que tiene (objetivamente considerado, esto es presumiblemente) interés común al que actúa, es el sistema de las acciones de clase, que inaugura la jurisprudencia norteamericana, desde ya hace mucho tiempo y aún antes de aparecer los problemas concretos que hoy nos ocupan. Tanto que los investigadores las

remontan al siglo pasado. Se suelen ubicar sus más remotos antecedentes, inclusive, en la Justicia inglesa, [28] remontándolos al "Bill of peace" que se concedía en los juicios de "equity", para evitar la proliferación de pleitos idénticos, única razón invocada originariamente. [29]

La jurisprudencia norteamericana las recoge, también en el siglo pasado, y fueron ya tratadas por Story, cuya autoridad hace que se difundan y adquieran carta de ciudadanía, podemos decir. El "leading case" se considera el de "Smith v. Swormstedt" en 1853, en el cual seis personas representan a mil quinientos actores y tres a ocho mil trescientos demandados. [30]

También aquí se persigue —inicialmente— la finalidad práctica de evitar una multiplicidad de litigios, fundamentalmente en defensa del propio tribunal, incapaz de soportar un número ilimitado de demandas. No obstante, simultáneamente se atiende al interés de las propias partes y poco a poco comienza a afinarse el criterio, interpretándose lo que dispone la Regla 23 (a) de la "Federal Rules of Civil Procedure" por la nueva jurisprudencia, en virtud de la cual se exige entre otros requisitos: a) un grupo numeroso de personas que haga impráctico la separación de los litigios; b) una reclamación típica, esto es la pretensión de una situación jurídica también común a todos los integrantes de la "clase" y c) que los que se presenten manifiesten una "adecuada representación", esto es, que asuman en forma clara y adecuada la protección de los intereses de todos los miembros de la clase. [31]

En la época contemporánea se admite reiteradamente este tipo de acción para la defensa de los consumidores. [32]

Naturalmente que no todas son luces en esta solución y también existen sus "sombras", formuladas a través de muchas críticas, por ejemplo respecto de la limitación del monto, del rechazo de las acciones por algunos tribunales y de la opinión de ciertas agrupaciones de abogados de que ellas constituyen una conducta no conforme a la ética profesional (en cuanto derivan en la comercialización de la profesión y de los desvíos de conducta de quienes se lanzan a buscar un grupo de consumidores desconformes para forzar un pleito... [33]

[28] Me inspiro en una muy interesante ponencia de José RODRÍGUEZ U., presentada como Relator General a las Vas. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal de Valencia, Venezuela (Agosto de 1978) titulada "El Derecho Procesal y la protección al consumidor" (aún inédita), esp. p. 22/31 de la edición mimeografiada.

[29] Cfr. Richard H. FIELD & Benjamin KAPLAN, "Materials for a basic course in Civil Procedure", The Foundation Press, Inc. Mineola, New York, 3erd. ed., 1973, p. 151 ss; p. 896 ss; GILBERT "Law Summaries, Civil Procedure", 7th ed., 1975, pp. 49-58.

[30] FIELD & KAPLAN, cit. p. 896.

[31] GILBERT, *op. cit.*; FIELD & KAPLAN, *op. cit.*

[32] El "leading case' de la nueva época podría ser *Vázquez v. Super. Const.* 4 Cal. 484 P. ad. 964 (967). También *La Sala* v. *American Savings and Loan Assoc.* 5 Cal. 3es. 864 (971) etcétera.

[33] Conforme y más ampliamente: Loriana ZANUTTIGH "Processo e tutela dell'ambiente

Posición, por supuesto, controvertida por otros muchos, que por el contrario defienden la fórmula, consideran que no se dan dichos casos de abusos, al menos normalmente. [34] Por lo demás la cuestión ha sido resuelta en favor del desarrollo de estas "class actions" que permiten ese ensanche de la legitimación, al establecerse una nueva regla procesal (Rule 23 (b)) que, entonces, reglamenta cuidadosamente las soluciones jurisprudenciales. [35]

Canadá ofrece otro Derecho en el cual se aceptan las "class actions" [36] pero el sistema no se extiende a otros países, inclusive en Israel, donde se introduce, se reconoce su poco uso. [37]

En cambio se rechaza en la mayoría de los demás países y no se logra introducir en la legislación de ellos, ni tampoco en la jurisprudencia.

Sin embargo los restantes países del *Common law* admiten instituciones similares. Así la jurisprudencia de Australia y luego de Inglaterra, es la de permitir que actúe como "Attorney General" un particular que, entonces, —autorizado por éste— representa la causa pública o el interés general. Es el sistema del *"Relator action"*. [38] Se trata en realidad de un particular —no del Attorney representante de la Corona— pero que actúa con el "fiat" de éste, lo que se considera necesario para evitar los abusos que la propia justicia denuncia, aun cuando se admite en ciertos casos claros (razonablemente apreciados) la existencia de una autorización automática. [39]

En los países de Europa, en general, no se admite el sistema. En Italia se ha destacado la tendencia, que puede entenderse es la que se recibe en Latinoamérica de, por el contrario, no admitir esta representación de clase y mantener el criterio tradicional. [40]

nell'esperieza nordamericana en "La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato" cit., p. 391 y ss. y esp. p. 413. También RODRÍGUEZ U. "La protección al consumidor" Ponencia cit.. esp. págs. 24/26. Asimismo JOHNSON y otros "Access to Justice" cit. Vol. I, Book 2, ps. 994/26. Asimismo JOHNSON y otros "Access to Justice" cit. Vol. I, Book 2, ps. 994œ995.

34 Beverly C. MOORE, Jr. * Fred R. HARRIS, "Class actions: let the people in" en: Veredicts on Lawyers. edit. by Ralph Nader & Mark Green. Thomas V. Crowel Co. New York, I, 976, pp. 172 ss.

35 Por considerarla de mucho interés reproducimos en APÉNDICE el texto de dicha norma procesal.

36 Más ampliamente: "Access to Justice in Canada. The Economic barriers and some promising solutions'" by R. COOPER y B. KASTNER. En "Access to Justice" cit., Vol. I, Book I, pág. 249 y ss., esp. p. 334 y nota Nº 256.

37 "Access to Justice in Israel" cit. Vol. I, Book 2, p. 633.

38 Más ampliamente: M. CAPPELLETTI en "Public Interest Parties..." tcit. p. 6 y págs. 180 y ss.

V. Asimismo: Hein KÖTS "Public Interest Litigation: A comparative Survey" en M. CAPPELLETTI "Access to Justice and the Welfare State" cit., p. 85 y ss., esp. 102/104.

39 M. CAPPELLETTI "Public interest..." cit., esp. p. 104 y nota 292.

40 Más ampliamente: V. DENTI, "Le azioni a tutela di interessi collettivi" en Riv

La misma conclusión es la de Augusto Morello desde la Argentina,[41] que puede representar la doctrina y jurisprudencia latinoamericana, la primera admitiendo y la segunda rechazando (aunque ya se señalan interesantes discordias, como el ilustre procesalista platense recoge en su trabajo: Supra, nota Nº 41) el criterio de la ampliación de la legitimación para permitir la representación de un grupo (representación institucional, al decir de Augusto M. Morello), del interés difuso o supraindividual, que no puede caber, naturalmente, en el concepto tradicional, ni estar regulada por un código del siglo pasado o de principios de siglo, como los de casi todos nuestros países, que no previeron los problemas actuales. Máxime cuando constituimos países en vías de desarrollo, adonde recién están llegando los problemas que aquí se estudian (defensa del consumidor, medio ambiente, etcétera).

5.3.2) *El sistema de la acción popular.*

La acción popular concedida al "quisquis de populo" constituye quizá todavía, en una interpretación amplia, una manifestación más acentuada aún del ensanchamiento de la legitimación, en representación de intereses colectivos o difusos, partiendo de los del consumidor (defensa del medio ambiente, etcétera).

En el sentido que la "class action" exige que el "representante" tenga de por sí legitimación, sea un interesado propio, mientras que el que actúa por acción popular (como también el "relator action" o el caso del "public interest") puede serlo o no. Es decir puede ser un simple reivindicador de intereses o derechos ajenos.

Como ejemplo típico, hemos dicho, tomamos el sistema brasileño en la amplia concepción que ha conducido la doctrina de ese eminente procesalista (y ahora también magistrado) Barbosa Moreira.[42] Esta acción popular de rango constitucional que, según los procesalistas brasileños permite la correcta defensa de los intereses difusos, constituye, en último análisis, "el derecho democrático de participación del ciudadano en la vida pública, basándose en el principio de legalidad de los actos administrativos y en el concepto de que la cosa pública es patrimonio del pueblo.[43]

Dir. Proc. 1974, p. 533 y ss. A Proto Pisani "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi colletttivi (o piu esattamente: superindividuali) innazi al giudice civile ordinario" en Diritto e Giurisprudenza Vol. 89, Nº 6, cit.

[41] A. M. Morello "Legitimación procesal..." cit., en Jurisp. Arg. p. 1 y ss.

[42] Más ampliamente: J. C. Barboza Moreira en "A ação popular..." cit. en "Studi in onore..." cit. Vol. IV, esp. pág. 2683/2684 y 2686/2688. Supra nota Nº 14.

[43] Más ampliamente: Ada Pellegrini Grinover en "A tutela jurisdiccional..." cit. en Rev. Urug. Der. Proc. cit. p. 20 y ss. También Manoel Goncalvez Filho, Ada Pellegrini Grinover y Anna Cándida *da* Cunha Ferraz "Libertades públicas" São Paulo, 1978, p. 473/479.

La acción —supletiva— es intentada, como ya vimos, contra los órganos públicos, esto es, las propias entidades y sus agentes en defensa del patrimonio colectivo (público). Dada la redacción de la ley 4717/63, el uso del término "entidades públicas" se ensancha por la doctrina, guiada por Barbosa Moreira, como dijimos, y a la cual nos remitimos, permitiendo entenderla como habilitante para la defensa de los intereses difusos (Supra notas Nos. 42 y 43).

Existen en otros países instituciones parecidas. Inclusive, en la jurisprudencia norteamericana ha prosperado la "public interest suit", la cual tampoco exige —a diferencia de la class action— la legitimación propia del actor (Infra Nº 2.3.4).

5.3.3) *La representación por el Ministerio Público y por el Ombudsman.*

Otra posible solución consiste en atribuir la representación al Ministerio Público, órgano naturalmente encargado de la defensa de la causa pública, por lo que puede considerarse muy adecuado, pero cuya organización, en general, resulta insuficiente frente a los problemas que plantea nuestra sociedad moderna en la defensa de los intereses que aquí consideramos. Por lo cual parece que desbordara de él atribuirle, al menos con carácter de exclusividad, la defensa en el proceso.[44]

Como ya dijimos, también, en los países socialistas, donde dicho órgano (la Prokuratura) tiene mayores poderes con relación al proceso civil y la defensa de los intereses comunitarios, se entiende que dicho órgano constituye suficiente protección para la defensa de los intereses colectivos, defendidos, por lo demás, por múltiples instituciones colectivizadas (Supra nota Nº 13).

En otros países se crea, en cambio, una Procuraduría especializada, tal como sucede en México, según hemos visto, experiencia que aspiramos a conocer en sus más modernos desarrollos en el próximo congreso.

No obstante, no es la opinión, ni la solución, que prevalece en la mayoría de los países del Derecho comparado, al menos en los que más influencia tienen en nuestra área y son objeto de mayor estudio y sirven más frecuentemente de modelo (como los de la Europa Occidental, por ejemplo y de España). Donde, en cambio, se ha desarrollado con netos perfiles, la institución del ombudsman que, como djiimos, nacida en los países escandinavos se ha extendido a muchos otros países de gran influencia en los nuestros: Inglaterra, Francia y España.

No creemos que este relato sea el lugar para realizar un estudio de esta tan interesante figura, por demás conocida por los procesalistas de Iberoamérica, en especial luego de haberse incluido en la Constitución española y difundirse, en consecuencia, por su doctrina y la latinoamericana. (Supra nota Nº 11).

[44] Supra nota Nº 12.

5.3.4) *Las asociaciones para la defensa del "public interest".*

Por último y para no dilatar más este relato con otras figuras o instituciones que pueden imaginarse y también algunas encontrarse en ejemplos aislados del Derecho comparado en este parágrafo queremos referirnos a todas las asociaciones a las cuales se reconoce legitimación para actuar procesalmente en defensa no sólo de sus miembros sino de otros con idéntico interés, sino además y especialmente, al ejemplo de las sociedades denominadas de "public interest", nacidas en los Estados Unidos y extendidas en otras áreas.

El caso de los primeros sería el ejemplo de la *ley Royer francesa,* de la ley alemana sobre competencia desleal, y de otras a las cuales ya nos hemos referido (Supra Nº 4.1). También al de las asociaciones profesionales —como a las laborales (sindicatos)— a quienes se reconoce la posibilidad de defender no sólo a sus miembros, sino a todos los que se encuentren en una idéntica posición. [45]

Sin embargo en este tema queremos referirnos especialmente, como hemos dicho, a las acciones y asociaciones que actúan en defensa del "public interest", debiendo entenderse por éste, justamente, el colectivo, o el difuso que es el que estamos estudiando en nuestro tema.

En la jurisprudencia norteamericana se reconoce un accionamiento de tal especie, el cual se diferencia de la class action, como dijimos, en que no requiere que el accionante sea un legitimado propio (esto es, directamente interesado en la pretensión, sin perjuicio que actúe por una multitud más de otros con idéntico interés o derecho). En este caso (como en el de la acción popular) el demandante actúa como "vindicating of the public interest". [46]

Esto lo aproxima al "relator action" como la propia doctrina lo reconoce. [47]

[45] Sería el caso señalado por A. M. Morello respecto de los colegios profesionales en "Legitimación procesal..." cit., Jurisp. Arg. Idéntica solución en la ley para el control de las actividades monopólicas en Chile (Ley 13.305, D.O. 22/XII/50. Algo similar existe en Uruguay respecto de las Asociaciones Laborales. La investigadora de la Universidad de Pavia —Cristina Rapisardanos destaca, dentro de la solución "asociacionista", la tendencia de la jurisprudencia italiana —más reciente y no clara— especialmente en el campo administrativo y dentro del Consejo de Estado (respecto de la entidad "Italia Nostra") (En Tecniche Giudiziale..." cit. Riv. Dir. Proc. 1981, p. 703/707).

[46] Hein Kötz en "Public interest..." cit. (en "Access to Justice and Welfare State) pág. 100/102. Asimismo: V. Denti. "Aspetti processuale..." cit. p. 61. Arena Gli avvocati per il "public interest" negli Stati Uniti" en Riv. Trim. Dir. Pubbl. 1976, p. 707. Riley. "The challenge of the New York Lawyers: Public Interest and Private Clients" en George Wash. Law Rev. 1970 (Nº 38), p. 547. Rabin. "Lawyers for Social Change: Perspectives on Public Interest Law" en Standford Law Rev. 1976. (Nº 28), p. 207.

[47] H. Kötz "Public interest" cit. p. 103.

Inclusive existen asociaciones de "public interest" originadas en fines altruistas de la defensa del interés colectivo, de los patrimonios culturales, históricos, artísticos, etcétera, cuya legitimación se reconoce.

Y también se menciona en los Estados Unidos las "public interest advocacy" que pueden aparecer como organizaciones estatales o públicas o simplemente cuyo desarrollo es tan importante y se orienta a la solución del problema específico que aquí tratamos, como para merecer la atención de la doctrina más destacada sobre nuestro tema, a la cual nos remitimos en homenaja a la brevedad.[48] Por lo demás esto se relaciona con un tema que analizaremos luego (Infra Nº 7).

En conclusión existen numerosos mecanismos que pueden servir como soluciones procesales que permitan acceder al proceso civil (como al penal: Infra Nº 6) a estos intereses colectivos (difusos...) cuya protección proclama el Derecho (y la propia organización social a través de muchísimas de sus manifestaciones) y que, naturalmente no pueden tener condigna respuesta si la justicia (y el proceso) no les permiten acceder.

Naturalmente que la vía legislativa es la adecuada para dar una respuesta é introducir reformas que permitan esta ampliación de la legitimación que todos reclaman —y reclamamos como procesalistas).

A confeccionar un proyecto de ley lo más perfecto posible y mientras ello no se logra, a propiciar una solución jurisprudencial (como las que analizamos o alguna otra que nuestra imaginación y conocimiento de nuestra realidad permitan) seguramente se encaminarán las labores de este Congreso, si queremos cumplir eficazmente la razón de su Convocatoria por el Instituto Mexicano de Derecho Procesal y el Gobierno del Estado de Sinaloa. Y, por supuesto, cabalmente, nuestra tarea de juristas.

Puesto que éste, el tema de la legitimación, constituye quizá el principal (junto con el de la cosa juzgada, aunque éste en un plano menos trascendente) del más amplio de la *protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos.*

5.4) *El procedimiento.*

El tema del procedimiento nos lleva de la mano a la reclamación —que por lo demás es común a todos los procesos— de la rapidez, la simplificación, la inmediación y la oralidad para la resolución de estos con-

[48] Más ampliamente: "Louise and David Trubek" Civic Justice through civil Justice: A new approach to public interest advocacy in the United States" (en "Access to Justice and Welfare State") p. 119 y ss. Señalan estos autores que ya existen, en Estados Unidos multiplicidad de firmas de abogados de interés público que actúan en reprsentación del medio ambiente, consumidores, mujeres, menores, jóvenes e intereses similares" (p. 122). Se trata ya sea de firmas privadas, a veces sostenidas por instituciones de beneficiencias o formadas con ese fin propio o también de organizaciones públicas.

flictos. Esto no es novedoso, ni merece tratamiento especial entre los especialistas.

En cambio sí resulta importante señalar que en lo referente a la prueba, el derecho y la doctrina comparativas reclaman algunas soluciones especiales, puesto que, también, nos enfrentamos a problemas especiales.

Así aparece, en primer lugar, la falta de conocimientos técnicos de los tribunales (ordinarios) frente a la multitud de cuestiones —generalmente de índole científica— que plantea la temática de la agresión a los intereses colectivos. Y así como los organismos administrativos son dotados de verdaderos medios (asesores, laboratorios, maquinarias, etcétera) que les permiten comprobar los hechos, la misma necesidad aparece en los organismos jurisdiccionales no bien tengan que resolver dichos conflictos. Aunque sea para decidir, simplemente, si existe una violación contra derechos o intereses (colectivos) y debe disponerse o no su cese y la indemnización por los perjuicios ocasionados o se esté ante una mera función supletiva del tribunal.

Es natural que una verdadera revolución se ha de producir en esta materia por la multiplicidad y la dificultad de aprehensión de los hechos en litigio, lo cual es usado como argumento esencial por quienes defienden la necesidad de crear tribunales especializados (con todos sus auxiliares). Hecho que también da pie a sostener que tal función es ajena a lo jurisdiccional.

Algunas otras reglas especiales, en materia probatoria, pueden señalarse: así la inversión de la carga de la prueba en algunos casos. Recordemos por ejemplo que en los procedimientos del Ombudsman Antitrust creado por ley sueca, en lo que se refiere a la propaganda mentirosa, es el comerciante quien debe probar que la misma se ajusta a la verdad.

Por último y tratándose de ciertos procesos de los mencionados (por ejemplo los referidos a lesiones al medio ambiente, agresión al patrimonio cultural o artístico, etcétera) se hace necesario, además de un procedimiento de urgencia, el dotar al juzgador de poderes cautelares que permitan, de inmediato, disponer de alguna medida —de naturaleza provisoria— que suspenda la realización de cualquier tipo de acto dañoso o peligroso que la demora del proceso no permita dejar para el final.

Así es que se ha pensado en procedimientos de tipo monitorio[49] de una acción inhibitoria [50] o de la posibilidad de conceder al Tribunal la posibi-

[49] El proceso monitorio tiene vieja raigambre entre nosotros en el campo legislativo y ha dado muy buenos resultados en nuestra experiencia. Más ampliamente: J. TEITELBAUM "El Proceso Monitorio Uruguayo" Rev. Urug. Der. Proc. 1977, Nº 3, 4, p. 27.

Enrique VESCOVI: "Nuevas Proyecciones del Proceso Monitorio Uruguayo". Revista Procesal (Mexicana) Año 4, 1975, Nº 4, 5 y 6, p. 89.

[50] V. DENTI. "Aspetti processuali..." cit. págs. 59 y 64.

También y muy especialmente: C. RAPISARDA "Tecniche giudiziale...' cit. págs.

lidad de dictar una "injuction" [51] o decretar pura y simplemente la suspensión del acto como acaece en procedimientos jurisdiccionales [52] o administrativos [53] en nuestra área.

Como aspecto procedimental, aunque se refiera a la sentencia, debemos incluir, también, la *ejecución provisional,* o la privación del efecto suspensivo a la apelación que, es, por lo demás, la tendencia general en materia procesal en la tendencia moderna. Con lo cual se obtiene, si no ha habido una medida cautelar anterior, del tipo de las que mencionamos, que se ejecute de inmediato la sentencia de primera instancia (Supra nota Nº 50).

5.5) *Los efectos de la sentencia. La cosa juzgada.*

La cuestión, relacionada con el tema de la legitimación (Supra 5.3), se plantea en cuanto se permite actuar a una sola persona como portavoz ("champion") de los intereses colectivos o difusos, o a una colectividad, pero no sólo en defensa de sus asociados, sino también de personas ajenas a la misma que se encuentren en el mismo caso. Con lo cual la decisión va a tener un efecto que excede al de las partes en el proceso, con lo que se opera, en el tema, una segunda modificación de las más tradicionales reglas del proceso.

En un primer momento la decisión se pudo extender a otros casos, alcanzando a nuevas partes, por virtud del *"stare decisis",* en cuanto se considera, como en los países del "common law", especialmente, a la jurisprudencia, como fuente del derecho. Y simplemente, juzgando en modo idéntico los futuros casos.

Un paso más adelante, lo puede constituir el régimen también de los países del common law, especialmente en Inglaterra, del *"test case":* si nuevas partes han sufrido daños y perjuicios por el mismo hecho ilícito, el Tribunal puede aplicar su resolución a más de un demandado en forma

708/714. Este nuevo y excelente aporte a nuestro tema, hace referencia al respecto, a la Relación HILKENS a la Comunidad Europea.

[51] Loriana ZANUTTIGH ("Procceso e tutela..." cit. p. 427/428) se refiere en su estudio de la experiencia norteamericana, a la necesidad del "preliminary relief" como forma de suspensión del procedimiento impugnado y a la concesión de un "injuction", en algunos casos subordinado a la prestación de una caución.

DENTI nos agrega la experiencia de las medidas de urgencia en la ley laboral para reprimir una conducta anti-sindical (ob. cit. p. 54).

[52] Así sucede en Brasil. En efecto, ya con respecto al "mandado de segurança" se admitía la suspensión provisional del acto (art. 7, Nº 11, de la ley 1533, de 31/XII/51. Y recientemente se incluyó también para la acción popular, llenando un vacío que la doctrina hacía notar (parágrafo 4, del art. 5, de la ley Nº 7717).

[53] Así sucede en múltiples leyes de lo contencioso administrativo, que permiten al Tribunal, en vía preliminar, suspender el acto. Tal solución, por ejemplo, se admite en la ley contencioso-administrativa uruguaya.

común.[54] Y naturalmente, a la inversa, proteger a los mismos demandantes. Ello como forma de facilitar el trabajo de los tribunales y evitar la proliferación de litis sucesivas e idénticas.[55]

Por último y entrando ya directamente en la modificación de la regla del proceso tradicional, se admite que la sentencia dictada en esos casos (class actions, relator actions, Ombudsman, ação popular, etcétera) alcance a personas que, aunque no han litigado, se encuentran en la misma situación.[56]

Analizando este tipo de soluciones, aparecen algunos problemas técnicos que debemos, al menos, mencionar, dado que todos los casos típicos no son iguales.

Es así que el sistema de la eficacia erga omnes de la sentencia dictada en un juicio en el cual comparece uno o algunos en defensa de los intereses supraindividuales (difusos), resulta aplicable en unos casos y no en otros.

Así en el Derecho brasileño y con respecto a la acción popular se distingue el caso de que la demanda se acoja o sea rechazada por falta de fundamento, en cuyo caso se produce la eficacia general (erga omnes), por lo que valdrá para los casos similares y podrá ser opuesta la excepción de cosa juzgada si se pretende reproducir el juicio. O sea que el acto ya quedó anulado y, lógicamente, sus efectos son generales, o se rechazó por falta de un determinado fundamento y no se podrá reproducir *por similar razón* (aunque podría serlo por otra).

Por último y si la demanda se rechaza por insuficiencia de prueba de la irregularidad, no habrá cosa juzgada y "cualquier ciudadano" (y se entiende aún el mismo anterior) podrá reproducir el pedido de anulación.[57]

Es la misma solución que recoge el proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.[58]

Uno de los problemas laterales que plantea éste es la posibilidad de llegar a una composición voluntaria del litigio entre las partes y su posible efecto respecto de los demás, tema muy estudiado y que preocupa en los Estados Unidos[59] y también en el Brasil.[60] Es natural que en ese punto

[54] El *leading case* sería *"Duncan c/. Cammell Leurd y Co. Ltd."* en el cual un accidente submarino provocó 99 muertes, permitiendo que la sentencia de reclamación de sólo dos de los herederos de las víctimas alcanzara a todos los demás. Más ampliamente: "Access to Justice in England", cit., en "Access to Justice" Vol. I, Book 1, p. 420 y ss., esp. p. 472.

[55] Loriana ZANUTTIGH "Proceso e cautela a..." cit., p. 436.

[56] Más ampliamente: TARUFFO "I limite soggettivi del giudicato e le "class actions" in Riv. Dir. Proc. 1969, p. 609. CARPI "L'efficacia" ultra partes della séntenza civile" Milano, 1974, p. 347 y ss.

[57] Conforme y más ampliamente J. C. BARBOZA MOREIRA "A ação popular..." cit., en "Studi in onore di E. T. LIEBMAN cit., p. 2691/2692.

[59] Loriana ZANUTTIGH "Processo e tutela..." cit. p. 438.

[58] Infra ver Apéndice 2, donde transcribimos el respectivo artículo.

[60] BARBOZA MOREIRA, *ob. cit.*, p. 2690.

hay que hilar muy fino, evitando la posbile colusión procesal en fraude de terceros conforme a los principios generales que regulan el tema.

6) *La protección del consumidor y el proceso penal.*

El proceso penal, a primera vista, como dijimos, parece no presentar ninguno de los problemas estudiados, y resultar totalmente idóneo para la protección del consumidor, en especial para la represión de los delitos que pueden afectar a éste, con lo cual parece, a primera vista siempre, que todo se resuelve en el campo del Derecho penal y el código penal, con la creación de tipos delictivos especiales.

En efecto, en el proceso penal la iniciativa no queda librada al titular del interés ofendido, sino a los órganos públicos, sea al Ministerio Público y al propio juez que asume poderes inquisitivos, al menos en la primera parte del procedimiento (sumario) en la mayoría de los países de nuestra área.

Sin embargo y pese a que las diferencias en ambos campos procesales (civil y penal) no pueden negarse, también en el último hay problemas y carencias que deben ser analizadas dentro del ámbito del tema propuesto a consideración de este IX Congreso Mexicano de Derecho Procesal.

En primer lugar porque si bien el Ministerio Público tiene el cometido de la defensa del interés social (colectivo o difuso), las mismas carencias (falta de preparación técnica, falta de elementos, de funcionarios... que se notan en este campo, las atribuidas en la sede civil. Por ello algunas leyes de las que mencionamos, que favorecen la iniciativa de los consumidores alentando la promoción de asociaciones al efecto, le confieren también, si no acción, al menos la iniciativa para la denuncia y presentación de pruebas, cuando se trata de la defensa de sus intereses (incluidos los "intereses difusos").

Este problema se inserta dentro del tema general de admitir que, aun cuando se siga confiriendo al M.P. al monopolio del ejercicio de la acción penal, se conceda alguna facultad a organismos públicos o privados para incentivar su ejercicio, en especial en los casos de inactividad de aquél. [61]

También en materia de procedimiento, si bien, por las mismas razones expuestas para el proceso civil (y la propia esencia más inquisitiva del

[61] Tratando con más amplitud este tema, Metello SCAPARONE ("Processo penale e interessi collettivi" en "La tutela..." cit. p. 493 y ss.) se refiere, en primer término, a la posibilidad de intervención de otros sujetos fuera del M. P. como legitimados a ejercitar la acción penal, luego al sistema inglés y su experiencia en materia de acción popular y al ejercicio de la facultad del "attorney general" por un particular, como vimos y finalmente al sistema norteamericano del "grand jury" que admite que éste, una vez reunido pueda disponer una indagatoria sobre cualquier delito de que haya tenido noticia. (Este gran jurado se reúne porque, según la Enmienda 5a. de la

penal) no entendemos necesario crear ni un tribunal, ni un procedimiento especial: asimismo aquí aparecerá la mayor necesidad de asesores del juez (expertos, peritos)) y la obligación, para los órganos públicos, en especial, de proporcionar las pruebas requeridas para la más correcta actuación jurisdiccional. [62]

7) *Otros aspectos: el costo del proceso; la asistencia en juicio.*

Aún cuando, también en este caso, planteamos un problema que no es particular a este proceso y que también resulta reclamado a menudo como especial para cada uno de los "nuevos procedimientos", no podemos dejar de recordar que la cuestión de la necesaria asistencia en juicio y el problema del costo del proceso son aspectos de interés para ser tratados aquí.

En primer término porque para estimar la iniciativa en la representación de los intereses colectivos (y los difusos) que cabe aceptar, fuera de discusión, como dignísimos de protección, se hace necesaria una asistencia técnico jurídica, sea en lo judicial y en lo extrajudicial.

Y también la consideración de lo que puede representar el costo del proceso para el ejercicio de estos derechos (como de todos) en especial por el interés público en la promoción de los mismos.

Sobre todo si se tiene en cuenta que del otro lado del que realiza —en juicio— la defensa de esos intereses (del consumidor en este caso) se encuentra generalmente un sujeto con mayor poder (poder público, poder económico, etcétera), sea el Estado, una "Agency" o una empresa que fabrica (distribuye, vende, etcétera) un producto de amplio consumo.

Resulta, a nuestro juicio, muy ilustrativo el análisis de algunos ejemplos del Derecho comparado que, a base de estadísticas, demuestran que el problema del costo del proceso (incluyendo el riesgo del mismo) determina o limita, según los casos, el accionamiento, aun de las propias asociaciones de consumidores creadas por alguna ley especial. [63]

Constitución de los Estados Unidos, ninguna persona puede ser llamada a responder de una acusación o delito penado con pena de muerte u otra infamante si previamente no existe un pronunciamiento de este órgano.

TONINI "L'intervento di sindicati de associazioni nel processo penale" en Riv. Trim. Dir. Pubbl. 1976, p. 1477.

[62] Asimismo: la ley venezolana de 2 de setiembre de 1974, de protección al consumidor tiene un título especial en el cual se ocupa de las acciones, delitos y faltas, facultando a la Superintendencia creada (órgano administrativo) para imponer multas y cierre del establecimiento si se incurre en las irregularidades previstas por la ley, y estableciendo, además, que en lo que se refiere a los delitos creados por dicha ley se regulan por el procedimiento y competencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo la propia Superintendencia o las autoridades ejecutivas o policiales a quien ella encomienda, actuar como instructores del sumario.

[63] Nicolo TROCKER nos ilustra con datos estadísticos del funcionamiento de los procesos iniciados por las asociaciones de consumidores en Alemania, dentro del marco

Es por ello que al menos dentro del problema general de la "legal aid", de profundo interés en nuestros días y que tantos desarrollos científicos produce en la actualidad, se debe incluir un capítulo relativo al tema del proceso en defensa "del consumidor". [64]

Y en esta reunión de procesalistas de Iberoamérica se hace necesario tenerlo presente al tratar este tema.

8) *La protección al consumidor y los intereses colectivos en su proyección internacional.*

En este catálogo de temas que constituyen una comunicación (sugerencias para el relator y el plenario en relación al tema) no podemos dejar de mencionar, aunque muy sumariamente, la cuestión de la internacionalización de los procesos, con referencia a la cuestión de que nos ocupamos.

Desde que la sociedad de consumo en que vivimos se internacionaliza, desde que los que producen los artículos son, a menudo, organizaciones trasnacionales (o multinacionales...) aparece la necesidad de un contralor que alguna vez deba exceder los límites naturales de cada país.

Y así como han surgido normas generales que regulen el problema en el ámbito supranacional, [65] también pueden pensarse en la posibilidad de requerir de Tribunales supranacionales —creados para otros fines— la aplicación de estas normas.

No aparece, entonces, inadecuado plantear ante un foro internacional, como el que tendrá por ámbito este Congreso, la posibilidad de adoptar primero normas procesales comunes (o similares sin perjuicio de las especialidades de cada región o país) y luego ante la existencia de normas internacionales, la posibilidad, al menos en casos extremos, de algún recurso ante organismos jurisdiccionales internacionales.

de la ley de competencia desleal que los admite y nos señala que: en los años 1967/72 en una sección berlinesa que se ocupó de 659 casos de violación de la disciplina normativa en materia de concurrencia desleal, el 57% de los casos tratados se resolvió en vía extrajudicial (con un porcentaje de éxitos del 77% para la asociación). En el resto (del 43%) hubo una parte (27%) que concluyeron con una medida de urgencia (con resultado favorable a la asociación del 96%). Pero lo destacable —aunque sea negativamente— es que en el 72% de los casos se trató de pequeños comerciantes, en el 22% de pequeñas empresas (con un máximo de 300 a 500 dependientes), en 4,5% de empresas medias (500-5,000 dependientes) y sólo en el 1.5% con grandes empresas. Y contra estas últimas sólo se registra un procedimiento judicial resuelto por el Juez mediante el dictado de una providencia de urgencia ("La tutela..." cit. pñ 474/475).

[64] V. DENTI. "L'avocato e la difesa di interessi collettivi" Estratto de Il Foro Italiano. Vol. I fasc. 4. Roma 1978.

M. CAPPELLETTI en "Access to Justice and the Welfare State" cit. p. 15/20.

M. CAPPELLETTI and B. GARTH "Access to Justice" espec. Vol. III. Y amplia bibliografía citada en estas obras.

[65] El "leading case" podría ser *Vázquez v. Super. Const.* 4 Cal. 484 P. ad. 964 (967). También La Sala v. American Savings and Loan Assoc. Cal. 3es. 864 (971) etcétera.

Y para ello quizá debamos seguir, como en otros aspectos, el ejemplo de la Comunidad Económica Europea y su "Carta Europea de los Consumidores" (Supra nota 65 in fine).

Puesto que si éstos han sido creados para la defensa de los Derechos Humanos, en general entendidos como de los individuos o grupos determinados, también puede considerarse que dichos derechos pueden estar afectados, en ciertos casos extremos, por los atentados que se realizan contra los intereses de los consumidores. [66]

9) *La experiencia uruguaya en la materia.*

Corresponde aportar, por más escasa que sea la experiencia de nuestro país, sobre la problemática a nuestra consideración.

En realidad, como hemos dicho, nuestros países en vías de desarrollo no sienten, con la misma intensidad que los industrializados, muchos de los problemas que han dado lugar a la preocupación de los juristas contemporáneos en la defensa de los intereses del consumidor y demás intereses colectivos.

No obstante ello, no hay duda que ya están apareciendo casi todos, y en algunas áreas la cuestión tiene la misma (y excepcionalmetne más) gravedad que la que aquí se ha puesto de manifiesto. Inclusive porque la fuerza de las asociaciones y agremiaciones de individuos y aún la del propio Estado, resulta a veces sobrepasada por las organizaciones multinacionales que lanzan productos al mercado consumidor, realizan construcciones de plantas industriales, etcétera.

Pese a todo ello, en nuestra particular experiencia uruguaya, podemos decir que no ha llegado a resolverse —y quizá ni a plantearse— en la vía jurisdiccional ninguno de los temas que aquí hemos estudiado relativos al proceso. Esto es, que no se ha sostenido —que conozcamos— la procedencia de las "class actions", ni existe ningún caso jurisprudencial (leading case) que admita dicha legitimación, ni otra que no resulte de la afirmación de un interés legítimo propio de las partes en el juicio. Por lo cual,

[66] Más ampliamente: "Legal protection of the Environment in Developing Countries", publ. U.N.A.M. cit. En especial: I. SZABO "La protection de l'environnement dans les democraties populaires" p. 73 y ss. esp. p. 76/77 M. DESPAX "Les effets de la reglementation..." cit. esp. p. 121-125. V. THIEM "The effects of environmental regulations on international trade and investments in the Federal Republci of German" p. 157 y ss., esp. p. 157/158. W. HENDEWERK "Liability for transfrontier..." cit. esp. p. 244/287. E. ROTMAN "Environmental Law in the Argentine Republic" p. 335 y ss. Esp. p. 347/348.

Muy especialmente recordemos, en el campo supranacional, la aprobación de la "*Carta Europea de los consumidores*" que establece, entre otras importantes regulaciones, los "cinco derechos fundamentales de los consumidores.

Más ampliamente: C. RAPISARDA. "Tecniche giudiziale..." cit. p. 686 y ss.

fuera de la figura del litisconsorcio, con todas sus derivaciones modernas, no encontramos material para aportar a este Congreso.

Y naturalmente tampoco existe ningún pronunciamieinto judicial que admita la extensión (de la cosa juzgada) a personas que, encontrándose en la misma situación tipo no hayan sido parte en el juicio.

Sin embargo —y en función de la existencia ya de los problemas que nos acucian— aparece una legislación de protección al consumidor (más tímidamente de protección al medio ambiente) y algunas facultades específicas de la Administración en ese campo.

Así podemos citar:

1) Ley que crea el Consejo Nacional de Subsistencias, Nº 10.940 de 17 de setiembre de 1947. Es un primer intento de establecer un contralor de *precios* sobre artículos de consumo facultando al amplio examen de los libros del comerciante, inclusive, con ese fin.

Asimismo el organismo tiene por fin actuar sobre dichos precios en los artículos de consumo popular (o de la canasta familiar). Inclusive el organismo actúa como *comerciante* en forma de "ente testigo", estableciendo en los diversos barrios y en las ferias vecinales sus puntos, en los cuales se venden la mayoría de dichos productos, sirviendo como testigo (test)) de los precios de los demás comerciantes.

2) En 1968, al establecer el gobierno una congelación de precios y salarios, dispone un estricto *contralor de los precios de bienes y servicios,* creándose la Comisión de Contralor de los Costos de Precios e Ingresos, cuya autorización previa se requiere para toda alza de la mayoría de los artículos de venta, salvo las excepciones expresas y muy reducidas que establece la ley (exportaciones, venta de inmuebles, remates, licitaciones, productos del agro y la pesca).

3) En 1978 se crea la Dirección Nacional de Costos, Precios e Ingresos (DINACOPRIN) (Ley 14.791 de 8 de junio de 1978), pero la tendencia económica entra en un liberalismo y política del mercado por lo cual se van liberando cada vez más artículos de dicho contralor.

Es importante destacar, respecto de todas estas leyes, vinculadas entre sí y en los dos organismos creados:

A) Que el contralor se realiza en forma muy estricta, y las *facultades de la Administración son muy amplias,* pudiendo requerir toda clase de datos, realizar inspecciones, examinar documentos, etcétera.

B) Que se sancionan con distintos tipos penales y de *penas privativas de libertad,* fuera de las multas, la violación de ciertas disposiciones, en especial la venta por encima de los precios autorizados y otras infracciones perjudiciales para el consumidor. De los delitos conoce la *Justicia penal ordinaria.*

C) Que la ley Nç 14.791 atribuye a DINOCOPRIN la facultad de *vigilar el funcionamiento del mercado* respecto de los bienes y servicios

cuyos precios se regulan por la oferta y la demanda, *"investigando los elementos que limiten la libre concurrencia"*.

4) Diversas leyes y decretos se ocupan de la *publicidad*. Primero las leyes 10.940 —arts. 13 ord. 11— decreto 264/77, 80/68 y, especialmente 472/79 de 5 de setiembre de 1979. Este último, por sobre todas las cosas, busca la *publicidad del precio*, trata de evitar la propaganda mentirosa sobre todo en lo referente a este aspecto (obligación de exhibir en vidriera todo artículo con precio visible, de establecer las condiciones y precios y si hay financiamiento el importe total, etcétera).

Y finalmente, el decreto 264/82 de 28 de junio de 1982 que también trata de evitar propaganda falsa, pero ya abarca no sólo precio sino *calidad, cantidad, medida, procedencia de los artículos, etcétera.*

Por último digamos que el Poder Ejecutivo por intermedio del Consejo Nacional de Subsistencias dispuso —en ciertos períodos— una publicación de precios comparativos en los distintos almacenes de los precios de una lista variada de artículos como manera de informar al consumidor.

5) La nueva *ley de pesas y medidas,* que ajustándose a las nuevas técnicas científicas estableció nuevas unidades de medida, dispuso el contralor por el Consejo Nacional de Subsistencias de la violación en la materia en los artículos ofrecidos al público (Ley 15.298 de julio de 1982).

6) Diversas reglamentaciones de la tasa bromatológica, que establecen impuestos municipales sobre la *comercialización de productos alimenticios* regulan con mucho detallismo lo referente a calidades de los mismos y establecen un amplio y severo contralor por diferentes oficinas de análisis que se van creando a nivel de los Municipios (Ejemplo: el más completo es el del Municipio de Montevideo: Decreto 16.797 (Ordenanza Bromatológica) estableciendo *"normas aplicables a los establecimietnos elaboradores, expendedores y tenedores de alimentos"*. También podemos mencionar la del Departamento de Lavalleja que establece la aplicación en su ámbito del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 376/81: Reglamento Nacional de Bromatología. Y, por supuesto este mismo.

Dentro de estos mismos contralores hay algunos alimentos que reciben un tratamiento especial, (ej. La leche. Resolución del Departamento de Rocha, de 18 de noviembre de 1981, Diario Oficial 21206, de 8 de abril de 1982).

7) Por último —y también en el ámbito departamental— queremos citar, en esta breve reseña de legislación desordenada e improvisada, la *Ordenanza sobre aguas de residuos industriales* de la Intendencia Municipal de Río Negro, de 8 de junio de 1979, D.O. de 15 de junio de 1979.

Catálogo del cual seguramente se nos escapan otras disposiciones, todas las cuales muestran la aparición del problema y los primeros tanteos para su solución. Pero se caracterizan por colocarlo en la esfera de la Administración y no aparecen en ninguna de ellas disposiciones de contenido procesal de ninguna especie, que puedan servir de orientación en los

problemas que hemos planteado en este Relato al IX Congreso Mexicano de Derecho Procesal. No más aportes nos acerca nuestra jurisprudencia tan avanzada en otras materias, ya que ninguna de las soluciones que aquí hemos analizado ha sido recogida en nuestra praxis judicial.

10) *Conclusiones.*

En función de lo establecido en este trabajo que presentamos con el ánimo de colaborar con el relator del tema, queremos sugerir algunas conclusiones primarias para que sean consideradas en el Congreso.

I. El Derecho procesal debe ocuparse del tema de la protección del consumidor colectivo sin exceder de su ámbito natural, creando un procedimiento adecuado a fin de resolver ese importante problema que se plantea en nuestra sociedad actual.

II. El tema procesal de la protección del consumidor se ubica dentro del más general de la protección de los intereses colectivos e intereses difusos dentro del ámbito procesal, sea en materia civil o penal.

III. Conforme a la idea prevalente de que el proceso es una disciplina secundaria que debe estar al servicio del Derecho de fondo, se hace necesario para la más adecuada protección del consumidor, que la ciencia procesal trate de resolver estas cuestiones principales, entre otras.

A) Establecer órganos adecuados, en especial para ejercitar las pretensiones ante la jurisdicción en defensa de sus intereses. En tal sentido es posible, ya sea ampliar las competencias, poderes y elementos del Ministerio Público, legitimar especialmente a las asociaciones u organismos sociales y los grupos intermedios para la protección de los intereses colectivos y de los difusos o admitir las acciones de clase para que aquella defensa pueda estar representada en el proceso, evitando la ausencia de uno de los presupuestos procesales indiscutidos: la falta de legitimación. Deberá ser objeto de estudio especial este problema no sólo en el proceso civil sino también en el penal.

B) Introducir en el moderno proceso que siempre debe ser breve, oral y concentrado, instrumentos adecuados a la protección del consumidor y los demás intereses difusos. Entre otras *medidas preventivas* adecuadas para evitar que las acciones judiciales exitosas puedan resultar ineficaces por tardías, facilitar la asunción de la prueba —en especial la que se encuentra en poder de los órganos públicos— por el juez que, como en todos los procesos, deberá estar *dotados de amplios poderes* de investigación y facultades para apreciar racionalmente la prueba y proveer al juzgador de auxiliares adecuados para subsanar su falta de conocimientos técnicos o especializados. Introducir la ejecución provisional, con adecuadas garantías.

C) Establecer normas expresas que modifiquen la regla tradicional de límite subjetivo de la cosa juzgada a efectos de evitar una sucesión de litis similares o decisiones contradictorias y obtener la igualitaria protección de todos los titulares del interés colectivo y aún el difuso.

D) Resolver, como en todos los procesos, el problema de una eficaz asistencia y una ayuda legal (y económica) para evitar que por dicha insuficiencia quedan sin protección los altos intereses que este proceso tiende a proteger.

IV) Por último y en el ámbito internacional, procurar la unificación de los sistemas procesales y de las reglas de procedimiento, dentro del área iberoamericana, de modo de obtener una unificación general (sin perjuicio de las especialidades de cada país o región) que permita el mejor progreso y desarrollo del Derecho y de la Justicia y reclamar, para ciertos casos en los cuales la defensa del consumidor se proyecte en el ámbito internacional, por los altos intereses afectados a la naturaleza de las organizaciones que los comprometen, el auxilio de Cortes Internacionales o creadas a efectos de la defensa de los Derechos Humanos.

ANTEPROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMERICA

Art. 53. (Representación en caso de intereses difusos). En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que a juicio del Tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

Art. 194. (Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos). Las sentencias dictadas en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (art. 53) tendrá eficacia "erga omnes", salvo si es absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado.

FROM FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE

CLASS ACTIONS

Rule 23. *Class Actions.*

a) PREREQUISITES TO CLASS ACTION. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on be half of all only if 1)

the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, 2) there are questions of law or fact common to the class, 3) the claims or defenses of the representaive parties are typical of the claims or defenses of the class, and 4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

b) CLASS ACTIONS MAINTAINABLE. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision a) are satisfied, and in addition:

1) the prosecution of separte actions by or against individual members of the class would create a risk of

A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominante over any questions affecting anly individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

c) DETERMINATION BY ORDER WHETHER CLASS ACTION TO BE MAINTAINED; NOTICE; JUDGMENT; ACTIONS CONDUCTED PARTIALLY AS CLASS ACTIONS.

1) As soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained. An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits.

2) In any class action maintained under subdivision b), 3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that A) the court will exclude him from the class if he so requests by a specified date; B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if he desires, enter an appearance through his counsel.

3) The judgment in an action maintained as a class action under subdivision b), 1) or b), 2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action maintained as a class action under subdivision b), 3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision c), 2), was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class.

4) When appropriate A) an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular isues, or B) a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly.

d) Orders in Conduct of Actions. In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: 1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repitition or complication in the presentation of evidence or argument; 2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action; 3) imposing conditions on the representative parties or on intervenors; 4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly; 5) dealing with similar procedural matters. The orders may be combined with an order under Rule 16, and may be altered or amended as may be desirable from time to time.

e) Dismissal or Compromise. A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs.