
En la Búsqueda de explicaciones al paradigma procesal colectivo: El fenómeno de flexibilización procesal a instancias de la relación entre el ordenamiento jurídico inglés del S. XVII y el ordenamiento jurídico argentino contemporáneo

In seeking explanations of the collective procedural paradigm: The phenomenon of procedural flexibility at the behest of the relationship between the English legal system of the XVII century and the contemporary Argentine legal system

Em Busca de explicações do paradigma processual coletivo: O fenômeno da flexibilidade processual a mando da relação entre o sistema jurídico inglês do século XVII e o sistema legal argentino contemporâneo

Dans la recherche d'explications du paradigme procédural collectif: Le phénomène de la flexibilité procédurale à la demande des relations entre le système juridique anglais du XVIIe siècle et le système juridique argentin contemporain

*Alejandro Monzani*¹ | Universidad Nacional del Comahue

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 373-401

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e281>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5203-7719>

Recibido: 28/4/2019

Aprobado: 17/05/2019

¹ Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue). Fue adscripto alumno y es adscripto egresado de la materia "Derecho Procesal Civil - Civil II". Cursa actualmente Especialización en Derecho Procesal Civil (UNCo-UBA). Integra el Proyecto de Investigación (Cód.: 04/D116) dirección a cargo de Dr. Juan Carlos Fernández, profesor de diversas casas de estudios, entre ellas FADECS -UNCo. Ha disertado en variadas ocasiones sobre Procesos Colectivos y ha publicado en varias ocasiones sobre dicha temática. Es Coordinador General de curso de Postgrado de Teoría Constitucional.

Resumen: El presente ensayo se dirige al aporte de la investigación cualitativa del fenómeno de los procesos colectivos argentino. Para ello se hará un breve análisis relativo a los orígenes de estos tipos procesales -ubicados en el siglo XVII en Inglaterra-. Del estudio del tribunal inglés "*Court of Chancery*" -en tanto primer tribunal que sistematizará un cuerpo de reglas relativas a estos procesos (*Bill of Peace*)-, y su desarrollo institucional, se han extraído características principales que, parcialmente, se repiten en la actualidad en el ordenamiento jurídico argentino. En este sentido, se ha estructurado el análisis partiendo del estudio del sistema anglosajón enfocándose en el tribunal que ha tratado a estas acciones colectivas; posteriormente se han definido características principales de esta estructura, para luego identificar similares características en el ordenamiento jurídico argentino. De las características similares que surgen del confronto de los sendos sistemas (el anglosajón del siglo XVII y el argentino contemporáneo) se ha llegado a conclusiones que, aunque expliquen el fenómeno colectivo de forma parcial, proveen de ciertas respuestas de la lógica disruptiva del nuevo paradigma procesal colectivo.

Palabras claves: Class actions, bill of peace, court of chancery, procesos colectivos

Abstract: This essay addresses the contribution of qualitative research on the phenomenon of collective processes in Argentina. For this purpose, a brief analysis will be made regarding the origins of these procedural types -located in the seventeenth century in England-. From the study of the English Court "*Court of Chancery*" - as the first court that will systematize a body of rules related to these processes (*Bill of Peace*) -, and its institutional development, main characteristics have been extracted that, partially, are repeated in the present in the Argentine legal system. In this sense, the analysis has been structured starting from the study of the Anglo-Saxon system focusing on the court that has dealt with these collective actions; subsequently, the main characteristics of this structure have been defined, in order to later identify similar characteristics in the Argentine legal system. Of the similar characteristics that emerge from the confrontation of the two systems (the Anglo-Saxon of the 17th century and the contemporary Argentine), conclusions have been reached that, although they partially explain the collective phenomenon, provide

certain answers of the disruptive logic of the new collective procedural paradigm.

Keywords: Class actions, bill of peace, court of chancery, collective processes

Resumo: O presente ensaio dirige-se a contribuição da pesquisa qualitativa sobre o fenômeno dos processos coletivos na Argentina. Para isso será feita uma breve análise sobre as origens destes tipos processuais - localizadas no século XVII na Inglaterra -. Do estudo do tribunal Inglês "Court of Chancery" -em tanto primeiro tribunal que sistematizará um conjunto de regras relativas a estes processos (Bill of Peace) -, e seu desenvolvimento institucional, foram extraídos principais características que, parcialmente, repetem-se na atualidade presente no sistema legal argentino. Nesse sentido, foi estruturada a análise a partir do estudo do sistema anglo-saxão com foco no tribunal que abordou essas ações coletivas; posteriormente, foram definidas as principais características dessa estrutura, para depois identificar características semelhantes no sistema legal argentino. Das características similares que surgem de enfrentar os respectivos sistemas (o anglo-saxão do século XVII e o argentino contemporâneo) chegou-se a conclusões que, embora expliquem o fenômeno coletivo de forma parcial, fornecem de certas respostas da lógica perturbadora do novo paradigma processual coletivo.

Palavras-chave: actions, bill of peace, court of chancery, processos coletivos.

Résumé: Ce travail a pour objectif l'apport d'une recherche qualitative sur le phénomène des processus collectifs en Argentine. À cette fin, on fera une brève analyse concernant les origines de ces types de procédure, localisés au dix-septième siècle en Angleterre. De l'étude du tribunal anglais "Court of Chancery" - premier tribunal qui systématise un ensemble de règles liées à ces processus (Bill of Peace) - et de son développement institutionnel, on a extrait certaines caractéristiques principales qui, partiellement, se répètent dans l'actuel système juridique argentin. à cet égard, l'analyse a été structurée à partir de l'étude du système anglo-saxon, en se concentrant sur le tribunal qui a traité ces actions collectives. Ultérieurement, les caractéristiques principales de cette structure ont été définies afin d'identifier les caractéristiques similaires dans le système juridique argentin. Parmi les caractéristiques similaires qui

se dégage de la confrontation des deux systèmes (Anglo-saxon du XVIIe siècle et argentin contemporain), on est arrivé aux conclusions que, bien qu'ils expliquent seulement en partie le phénomène collectif, apportent certaines réponses à la logique perturbatrice du nouveau paradigme procédural collectif.

Mot-clés: Class actions, bill of peace, court of chancery, processus collectifs

I. Introducción²

La recepción de las acciones colectivas³ en el ordenamiento jurídico argentino, tomando al precedente *Halabi* (Fallos 332:111) como ejemplo fiel, ha implicado un cambio de paradigma procesal⁴. Sin embargo, el cambio de paradigma no ha sido acompañado por una consistente y sistemática estructura

² El presente trabajo se concibe en el contexto de Proyecto de Investigación (PIN I – Cód.: 04-D116) “*El derecho real de dominio en función ambiental. Desde el modelo de limitaciones administrativas a la propiedad al modelo de ordenamiento ambiental del territorio*” dirigido por el Prof. Dr. Juan Carlos Fernández.

³ En el presente trabajo echaremos mano a los términos “acciones de clases” y “acciones colectivas” como sinónimos sin perjuicio de la diferencia ontológica que pueda existir y haya sido advertida por la doctrina a propósito del uso indiscriminado de ambos términos (Giannini, 2018, p. 13; Lorenzetti, 2017, p. 12).

Además, seguiremos la línea trabajada por Gidi (2004, p. 31) al entender que “la acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”. En línea consecuente a la tesis aquí sostenida, Gidi, 2004, p. 17. También sobre terminología y conceptos en derecho comparado ver: Lorenzetti, 2017, p. 12.

⁴ No se deja de lado que la labor pretoriana en la construcción de las acciones colectivas se expresan en extenso antes de el dictado de sentencia la causa *Halabi*; al solo efecto ejemplificativo: “Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno nacional, Poder Ejecutivo” CSJN, 10-5-83; “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” Fallos 315:1492; “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Edesur” CSJN, 16-3-2000; “Verbitsky, Horacio s/Hábeas corpus” Fallos 328:1146 3-5-2005; “Mendoza Beatriz y otros c/Estado Nacional y otros” CSJN, 20-6-2006; etc. Además, para algunos autores es éste último caso “Mendoza” por el cual la Corte comienza a “sistematizar la noción “derechos de incidencia colectiva”, provocando un cambio sustancial en el tratamiento de la materia” (Salgado, 2010, p. 17).

procesal adecuada para estos tipos de litigios -ausencia dada tanto en el ámbito federal como provincial argentino (Lorenzetti, 2017, p. 27; Giannini, 2015, p. 295)-. En general, para la ventilación de estas acciones colectivas (que integran a la estructura de los *procesos* colectivos) se han utilizado diversas herramientas o institutos procesales que son propias de la concepción “clásica” del proceso civil, o bien, por otro lado, se ha utilizado a la garantía procesal constitucional del amparo colectivo, que de igual manera, en la mayoría de los casos carece de regulación, o si la tiene, resulta insuficiente a los fines del tratamiento de estos tipos de litigios. Esta ausencia de regulación procesal ha dado pie a las más diversas creaciones jurisprudenciales, generalmente haciendo lugar a procesos “*sui generis*”, que sistemáticamente han demostrado alejarse del rigorismo formal procesal “clásico”.

En dicha necesidad de prever soluciones *ad hoc* a estos “novedosos” procesos colectivos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han enfocado gran parte de su atención -aunque no exclusivamente⁵- al estudio del derecho anglosajón. Ejemplo de esto ha sido el estudio sistemático de la “*Rule 23*” del Código Procesal Federal de los Estados Unidos. De allí que, dado que una fuente de derecho comparado para los principales lineamientos que se han esgrimido en el ordenamiento jurídico argentino en materia de acciones colectivas ha sido el régimen anglosajón, surge, en el presente trabajo, el interés del estudio de los orígenes de los primigenios procesos colectivos en dicho sistema, a los fines de poder encontrar algunas explicaciones, ciertamente parciales, del fenómeno de los procesos colectivos y su impacto en el ordenamiento jurídico argentino. Con este norte en mira, en primer lugar, se hará un análisis del primer régimen de judicialización del conflictos colectivos en el sistema

⁵ Se tiene en cuenta el estudio en materia de derecho comparado no exclusivo del sistema anglosajón, como enseña Lorenzetti (2017, p. 107). También, ver Gidi, A. (2012). The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad: The Case of Latin America. *Brooklyn Journal of International Law*, 894-957.

anglosajón que, hasta donde se ha podido investigar, tuvo nacimiento en el derecho británico del siglo XVII. Se intentará extraer de este estudio preliminar las principales características que han dominado ese contexto, en materia estrictamente procesal. Posteriormente, se expondrán algunas similitudes que -a grandes rasgos- se encuentran entre este proceso primigenio anglosajón con el joven proceso colectivo argentino. Finalmente, se concluirá con algunas apreciaciones que entendemos pueden explicar parcialmente el proceso colectivo y sus efectos en el esquema procesal tradicional argentino. Con ello se pretende proveer de mayor profundidad y entendimiento al fenómeno procesal colectivo.

Por último, se entiende relevante el estudio de los orígenes de los procesos colectivos, toda vez que ello se erige como aporte al armado sistemático de la teorización general científica ya que, como sostienen Giannini y Verbic (2017, p. 31)⁶, es imprescindible el armado de una teoría general de estos procesos a los fines de un adecuado tratamiento sistemático de su futura -aunque incierta en sus plazos- regulación procesal colectiva⁷.

II. El nacimiento de las primeras acciones de clase en el derecho inglés del siglo XVII: breves repasos al sistema de la Equidad, Court of Chancery, Bill of Peace y el precedente *Brown v. Bermuden*

Es constante la doctrina en señalar que el derecho inglés ha sido la cuna del nacimiento de las denominadas *class actions* (Salgado, 2011, p. 61), antecedente que ha significado la base

⁶ En este sentido apuntan los autores que si bien la doctrina ha avanzado con cierta vocación sistemática, "la legislación sigue manteniendo una cierta tendencia fragmentaria en la materia que se exhibe (...) al avanzar sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de alguno de sus aspectos controvertidos" (Giannini y Verbic, 2017, p. 31).

⁷ En este sentido véase: Gianinni Leandro J., y Verbic Francisco (dir.) (2017), *Los Procesos Colectivos y Acciones de Clase en el Derecho Público Argentino, Estudios sobre la tutela de derechos de incidencia colectiva en el sistema federal argentino, bases para una reforma de la justicia colectiva*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. En especial pp. 78-79. Además, Gelli (2006, p. 493).

de una amplia y fecunda regulación de acciones colectivas en los Estados Unidos. A su vez, la regulación norteamericana se erige como fuente inspiradora, en gran parte, de los métodos tomados por la argentina a la hora de dar tratamiento a esta tipología procesal.

Las *class actions* o acciones de clase han sido de forma incorrecta asociadas con exclusividad con lo que en Latinoamérica, especialmente en Argentina, se ha denominado como procesos colectivos sobre derechos de incidencia colectiva relativos a *derechos individuales homogéneos* (pues su asociación estuvo directamente dada en torno a las acciones de clase de daños o *class actions for damages*). Con la anterior salvedad de pretensión correctiva y a los fines de este trabajo -siguiendo los estudios de Gidi (2004, p. 31; 2012, p. 932) - adoptaremos al término “acciones colectivas” como término correctamente omnicomprendivo de procesos colectivos relativos a derechos individuales homogéneos, como de aquellos relativos a *derechos naturalmente colectivos/derechos colectivos indivisibles/bienes colectivos/intereses difusos*. Ello desde que aquí no interesará ahondar en especificidades de sendas clasificaciones, toda vez que el foco se centrará en el somero estudio de la faz institucional procesal.

Como se mencionó en el primer párrafo, estas acciones de clase, que son un antecedente no tan remoto de las normas de derecho comparado (Federal Rule of Civil Procedure 23) que servirían de inspiración para una rica cantidad de fallos, entre ellos el ya mencionado fallo “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde una dimensión normológica, parten del antecedente del *Bill of Peace*, conjunto de prácticas/reglamento que se empieza a gestar en el siglo XVII por un tribunal de equidad denominado *Court of Chancery* (o Corte de la Cancillería), en el seno del Derecho Inglés. Seguidamente haremos un breve análisis sobre el desarrollo de estas instituciones.

La estructura judicial del Common Law inglés (en sentido amplio), hasta el siglo XIX, estaba edificado sobre dos

grandes ramas: el *common law*⁸ -propriadamente dicho- que, en lo fundamental, en tanto sistema de protección de derechos, el procedimiento era el aspecto más importante para los juristas y, por el otro lado, se encontraba la *Equity* que se erigió como sistema que obraba para atender -en un principio- casos rechazados o que no procedían ante el *common law* -en sentido estricto- por su carácter rígido y formal (Ovejero Silva, 2018). A partir de la sanción de las Judicature Acts del año 1873, la distinción entre estos dos sistemas procesales pasaron a ser un resabio histórico desde que allí se consolidó la fusión entre ambos sistemas, dando lugar a un *common law* unificado⁹. Empero, es interesante adentrarnos en la distinción entre estos sistemas toda vez que fue en el sistema de la *Equity*, a través de un cuerpo denominado Court of Chancery, en donde las primeras reglas procesales en materia de acciones de clase vieron luz (puntualmente con la sanción del *Bill of Peace*).

Por un lado, como habíamos mencionado, se instituía el *common law* (o *law a secas*) como el sistema procesal más antiguo y primitivo, constituido por las cortes del Exchenger, Court of Common Pleas y el King's Bench. El rasgo distintivo del derecho anglosajón en este asunto ha sido poner énfasis en el proceso y su estricto cumplimiento, más que en la sustancia del derecho debatido. Es decir, el proceso era entendido tal vez como la garantía última de eficacia de los derechos reclamables, y es de allí que se entendiera que si el proceso era adecuado y cumplido rigurosamente, el resultado era inevitablemente el justo para el caso en concreto. En este aspecto se dice que:

⁸ El término "common law" -sin el uso de mayúsculas- se refiere al sistema judicial que se presenta desde los comienzos del derecho inglés (siglo XI) por contraposición al sistema de la *Equity* inglesa.

⁹ En rigor, fue en el año 1873 que por la sanción de las Judicature Acts, como señala David (2010, p.226), se crea la Corte Suprema de la Judicatura y, con ello, se suprimió la distinción formal de las cortes del *common law* y de la Corte del *Equity* de la Cancillería. "Desde allí todas las jurisdicciones inglesas se volvieron competentes para aplicar indistintamente las reglas del *common law* y las del *Equity*" (David, 2010, p. 226).

Es necesario poner especial énfasis en la importancia primordial que los temas de procedimiento han tenido (...) en Inglaterra. En tanto los juristas del continente europeo habían concentrado sus análisis fundamentalmente en la determinación de los derechos y obligaciones de cada una de las partes en el proceso (reglas de fondo), los juristas ingleses por su parte, lo han hecho sobre los planteamientos de procedimiento. (...) El common law no es un sistema que tenga como vértice proteger los derechos, consiste esencialmente en reglas de procedimiento que se estiman adecuadas para asegurar, en un número cada vez mayor de casos, la resolución de litigios conforme a la justicia. (David, 2010, p. 216-217)

Este sistema se impulsaba inicialmente -a grandes rasgos- mediante autorizaciones que se debían solicitar y pagar para acudir a las cortes: los denominados “writs” (instituido bajo el régimen o sistema del “Writ System”). Estos “writs” eran una suerte de certificado por el cual el demandante (“plaintiff”) dejaba constancia sobre la materia por la cual reclamaba al denunciado (“defendant”). Enseña René David (2010, p. 216) que “a cada writ corresponde un procedimiento específico que determinaba la secuela de los actos procesales que deberían ser satisfechos”. Existían, originariamente, writs estandarizados sobre determinadas materias (v.gr., en materia obligacional, se constituía el “writ of Debt” en donde el demandante alegaba que el demandado debía determinada cantidad de dinero), sin embargo -y se erige como un punto a destacar- no podían existir nuevos writs adaptados a cada conflicto en particular¹⁰. Es decir, si el reclamo no encuadraba en la estructura predispuesta del writ, la demanda estaba destinada a fallar.

De allí que “cuando aumentaron la cantidad de demandas, el sistema de emisión de writs se hizo insuficiente, surgiendo una nueva rama del derecho inglés: la Equity” (Ovejero Silva,

¹⁰ Cabe aclarar, sin embargo, que éste sistema no es el vigente en la actualidad, pues el sistema de writs vio su fin con la sanción de Common Law Procedure Act en 1852, pero fundamentalmente con la sanción de la Judicature Act en 1873 (James, 1985, p. 27).

2018). El sistema de la Equity, por contraposición al sistema de common law, se instauró como un método de solución basado en la “equidad” como núcleo decisivo ante situaciones que por el rigorismo formal que presentaba el law no eran susceptibles de ser tratadas judicialmente. A ello habría que sumar, desde un aspecto socio-histórico, la significativa expansión que tiene el common law en el siglo XIII, el cual comienza a receptor nuevos tipos conflictuales que no eran susceptibles de ser ventilados por el impedimento innato del formalismo procedimental, sumado a ello, por otro lado y de forma paralela, a la amenaza que significaba el avance cada vez con mayor vigor del *civil law* (continental europeo) que permitió el impulso -en parte- del sistema de equidad.

El cuerpo doctrinario de la Equity fue elaborado progresivamente por la Court of Chancery (que se trataba de la Cancillería actuando como vocero del rey) que según dice Salmond (1912), citado por Ovejero Silva (2018):

[F]ue establecida precisamente para administrar equidad en cuando las otras cortes declaraban inaceptables a determinados casos, proveyendo así una especie de apelación frente las reglas rígidas, estrechas y técnicas de las cortes reales, pues se consideraba que el Rey hablaba a través de la boca del canciller.

En esta misma línea, René David (2010) señala que:

Los obstáculos que se presentaban en la administración de la justicia impartida por las cortes de Westminster tuvieron como resultado inevitable que a un número significativo de controversias no se les daba una solución justa. En estas controversias al espíritu de la parte afectada le asistía una última posibilidad de obtener justicia: recurrir directamente al monarca, fuente de toda justicia y de gracia. (p. 221)

La Corte de la Cancillería (Court of Chancery) estaba situada físicamente junto con el resto de las cortes reales (Royal Courts of Justice) en Westminster Hall. Las tres cortes del common law (es decir, las cortes del Exchenquer, Court of Common Pleas y

el King's Bench) estaban situadas de un lado del Hall y la Corte de la Cancillería del otro lado. Básicamente, y en un misma línea a la que se viene desarrollando, señala James (1985, p. 29) que en la Court of Chancery "la equidad era administrada, y los litigantes que no podían obtener justicia en las cortes del common law cruzaban el Hall para buscar el auxilio del Canciller".

La historia de la Corte de la Cancillería se remonta hasta los tiempos de la corte de Carlo Magno, y fue trasladada a Inglaterra hacia el tiempo de Edwar the Confessor (rey inglés a mediados del siglo XI). En estos tiempos el Canciller se convirtió en la mano derecha del rey. Aún desde un comienzo, el canciller estuvo asociado a la administración de justicia desde que originalmente los writs eran emitidos por este. Si bien en un principio no se presentó como una corte independiente (sino que actuaba siempre en consulta de jueces o del concilio) para mediados del siglo XV la cancillería empieza a funcionar bajo su propia iniciativa, lo que permitió, naturalmente, comenzar a establecer sus propios criterios procesales y, de hecho, es aquí en donde propiamente se puede encontrar el inicio -señala James (1985, p. 30)- de la Corte de la Cancillería.

Las peticiones que se realizaban ante la Corte de la Cancillería eran presentadas por variadas razones, pero en particular, generalmente provenía de sujetos que, de una manera u otra, habían fallado en obtener justicia en las cortes del common law. Señala James (1985, p. 29) que, grosso modo, habían tres razones por las cuales se fallaba en obtener justicia en las cortes del common law: en primer lugar, los remedios del common law no eran efectivos; en segundo lugar, las cortes del common law generalmente otorgaban el derecho de indemnización por daños, empero la indemnización por daños no siempre aparecía como una satisfactoria forma de compensación; y, en tercer lugar, aun cuando la ley fuera adecuada para la solución de conflictos, existía la posibilidad de que una de las partes estuviera en condiciones (económicas o de poder) más importante que -inclusive- las cortes en sí mismas. De allí que el canciller pudiera remediar estas situaciones, principalmente porque al

estar tan asociado al rey no se encontraba obligado ni restringido ni por las reglas procesales de las cortes del common law, pero tampoco sometido por el poder económico o social de ningún otro sujeto. Otra razón de índole sociológica que se podría sumar en este apartado es el hecho del interés que recayó, por parte de los soberanos¹¹, sobre el proceso ante la Court of Chancery. Ello toda vez que ésta, a diferencia del common law, era constituida bajo un procedimiento escrito, inquisitorio y secreto (más afín, sin dudas, a los intereses de los soberanos) a diferencia del law que mantenía un proceso oral y público con, en ocasiones, jurados populares.

Al escuchar las peticiones (denominadas “bills”) de los sujetos que buscaban justicia tras habérsela sido denegada en las cortes del common law, la Court of Chancery paulatinamente comenzó a establecer una serie de reglas que, en general, proponía nuevos remedios ante las falencias del sistema del common law. Estas nuevas reglas que empezaron a regir gradualmente en el ámbito de la Court of Chancery fueron denominadas las “rules of Equity”. Se suele señalar que el uso de la “equidad” como factor de decisión respondió al hecho de que, en un principio, la Corte de la Cancillería no estaba conformada por meros administrativos sino por eclesiásticos que, en la fundación de la reglas de la equidad, tomaron prestado parte de la filosofía de la iglesia y parte del derecho civil romano (que en rigor, comparten lineamientos socio-históricos posterior al romanismo católico). En principio, la Equity parecía -y en parte lo fue- un sistema paralelo y la antítesis del common law. Sin embargo, resulta interesante poner de relieve lo apuntado por James (1985) al decir que generalmente no se aprecia la real o verdadera naturaleza de la equidad en el ámbito del sistema del common law. El autor mantiene que:

¹¹ Vale aclarar, sin embargo, que para comienzos del siglo XVII la resistencia natural de la judicatura tuvo que ser ponderada por los soberanos, razón ésta explicativa de por qué la Equity no subordinó por completo al common law (David, 2010, p. 223)

[G]eneralmente no es apreciado -y debe apreciarse- que desde la misma naturaleza de sus orígenes, la equidad asume al derecho: no vino a derrotar al common law, sino a complementarlo, a cumplirlo (...) Estas consideraciones conducen al resultado de que una persona que tiene un derecho de equidad a la propiedad, tiene algo menos de validez que quien adquiere un derecho legal a la misma propiedad (...) (p. 32)¹²

Para el siglo XVII, el rodaje de la Corte de la Cancillería ya había permitido, como fue señalado al pasar anteriormente, que se sistematizaran determinadas prácticas bajo el imperio de la Equity. Allí es que se sanciona el cuerpo de reglas de equidad denominado *Bill of Peace*, cuerpo que se muestra como primer antecedente concreto de las contemporáneas acciones de clase¹³. Enseña Spence (2002), que generalmente la doctrina señala al caso *Brown v. Vermuden* como el primer precedente reportado de acciones de clase de la Corte de la Cancillería Inglesa, y éste data del año 1676. El caso trató sobre el reclamo que realiza el vicario de Worselworth que, encontrando sus finanzas en caída, pudo identificar que su problema correspondía a la falta de pago de diezmo de mineros de la ciudad minera Derbyshire. Los mineros, en defensa, fueron representados por cuatro representantes de los cuales ninguno era el dueño de la mina, Mr. Vermuden. Éste, a partir del resultado negativo por parte de la defensa de los mineros

¹² Empero, tampoco es menos cierto que desde antiguo haya existido una fuerte puja de poder subyacente entre el sistema del common law y la Equity, representada ésta por la lucha entre el parlamentarismo inglés (que apoyaba a la judicatura del common law como medio de límite al soberano) contra el monarquismo absoluto que era, naturalmente, proclive a sostener el progreso de la Corte de la Cancillería junto con las reglas de la Equity.

¹³ Sin embargo, no faltan estudios -de amplia profundidad- que demuestran el nacimiento de estos litigios ya en el siglo XII. Así demuestra Yeazell (1997), citado por Spence (2002), que el ejemplo más temprano de lo que el autor denomina "group litigation" es el caso *Master Martin Rector of Barkway v. Parishioners of Nuthampstead* que data de finales de siglo doce. Marcin (1974) en un trabajo denominado "Searching for the Origin of the Class Action" -también citado por Spence (2002)-, encuentra en un caso *Discart v. Otes* el primer precedente de acciones de clases, el cual data del año 1309.

representados, arguye de que no se encontraba obligado por la sentencia recaída en dicho proceso toda vez que no había formado parte en el caso y que, en este contexto, no pudo apelar la decisión final. Señala Spence (2002) que el canciller, en respuesta del quejoso Mr. Vermuden, argumentó que de no ser obligado por tal decisión litigios como los presentados allí y análogos serían imposibles de atender por su numerosidad. De estas primeras actuaciones se observa que se empieza a desprender uno (aunque no el único) de los fines más clásicos y reconocidos por los litigios de agregación o acciones colectivas, la economía judicial o *judicial economy*; parece ser que ya en este primer caso, *Brown v. Vermuden*, la perspectiva adoptada por la Corte de la Cancillería apuntaba hacia estos objetivos. Pero además, y resulta señero el caso mencionado, se entendió que si la acción ante el tribunal de equidad procedía como un Bill (petición) of Peace, lo resuelto en ese caso sería vinculante para todos los miembros de la multitud, fuera que aparecieran o no en el caso.

En definitiva, el Bill of Peace permitió que la Court of Chancery decidiera con efectos definitivos sobre una pluralidad de sujetos conectados, en el caso reseñado, por identidad de causa. Pulles García (2007) -citado en un trabajo de Ríos Muñoz (2017)- menciona que:

En el Bill of Peace, hacia los siglos XVI y XVII, la Court of Chancery había desarrollado un remedio procesal que permitía al tribunal de equidad entender en una acción promovida por representantes de un grupo, si la parte podía acreditar que la cantidad de personas involucradas en el conflicto era tan grande que hacía imposible o impracticable la acumulación de todas las acciones o la acumulación de todas las defensas, exigiéndose además que los integrantes del grupo poseyeran un interés común en la materia sometida a decisión judicial y que las partes que se presentaban por la clase representaran adecuadamente a los ausentes, que fueran mencionados como actores o demandados. (García Pullés, 2007, p. 623)

Finalmente y sin ánimos de adelantar conclusión alguna, y al solo efecto de mantener una línea metodológica, podemos mantener con cierto grado de certeza que la Corte de la Cancillería (Court of Chancery) -bajo el sistema de la Equity- aparece con una lógica fuertemente disruptiva desde el plano institucional, en contraste con el tradicional common law en sentido estricto. Y es en esta situación de antítesis que presenta el sistema de la Equity en el que se gestan las primeras acciones de clase mediante el ya mencionado Bill of Peace. Con esto dicho, podemos resaltar con cierto grado de certeza que las primeras acciones colectivas se gestan bajo los siguientes tres parámetros que hemos podido identificar:

a- Las acciones de clase se gestan en el contexto en que se dan situaciones conflictuales (conflictos colectivos) que actúan como artífices de la necesidad de nuevas vías procesales, pues hasta ese momento la judicatura carecía de respuesta adecuada (o jurisdicción eficaz) para atender a esta tipología colectiva conflictual;

b- La respuesta a estas situaciones conflictivas que no eran atendidas por los tradicionales canales de acceso a justicia, fue flexibilizar el rigorismo formal del sistema de writs y del common law en general, surgiendo el sistema de la Equity como canal de recepción. Es decir se planteó un escenario en donde la flexibilización del rigorismo procesal dado por el sistema de la Equity actuó como medio de apertura a la tutela judicial de conflictos colectivos;

c- Entre los motivos del reconocimiento de las acciones de clase se encuentra como uno de los argumentos centrales, el que estas dotan de un método de celeridad, economía y concentración en la tutela judicial, es decir, de economía judicial (*judicial economy*).

III. Relaciones entre el sistema procesal colectivo argentino y el primigenio sistema inglés de acciones de clases: la flexibilización como núcleo común

En el presente apartado dedicaremos la atención al análisis de las características generales que presenta el paradigma de

las acciones colectivas derivadas del confronto de sendos sistemas (es decir, el primigenio sistema anglosajón y el sistema argentino) en búsqueda de relaciones que permitan explicar parcialmente el paradigma colectivo. Metodológicamente utilizaremos dos de los tres (a los fines de concentrar el análisis¹⁴) ejes que hemos descripto en el apartado anterior (inc. b y c) relativos a las características que se destacan de las acciones de clases primigenias del derecho inglés. También vale aclarar, nuevamente, que el análisis realizado es parcial, pues se deja de lado el contexto socio-histórico y axiológico¹⁵ que motiva en rigor los diferentes procesos que se desatan en el mundo jurídico.

IV.A) La flexibilización del rigorismo procesal como medio de apertura a la tutela judicial de conflictos colectivos

Como fue analizado oportunamente, el common law -en sentido estricto, es decir, dejando de lado a la Corte de la Cancillería- se estructuraba primigeniamente bajo un sistema de acceso formal y rígido mediante los denominados writs. El conflicto de clase no encuadraba en ninguna de estas llaves de acceso para el tratamiento jurisdiccional, necesidad que, eventualmente, recepto el sistema de la Equity. En rigor, y como ya se ha desarrollado, existieron variados tipos de reclamos que no encontraban tratamiento a causa de la rigidez del sistema de writs, que provocarían, paulatinamente, el surgimiento de la Court of Chancery como tribunal que receptaba reclamos no procedentes a causa de la estricto rigorismo de las cortes del common law; es decir, no fue únicamente la acción de clase

¹⁴ Al respecto de la vinculación entre conflictos colectivos y administración de justicia (inc. a) ver: Gianinni y Verbic, 2017; Salgado, 2011; Lorenzetti, 2017; Habermas, 1987; entre otros.

¹⁵ Ello en respeto de la teoría trailista como explicación del mundo jurídico del célebre Werner Goldschmidt (1985). También en el estudio del trialismo jurídico ver: Ciuro Caldani, C.M. (1976). *Derecho y política*. Buenos Aires: Depalma; Ciuro Caldani, C. M. (2007). *Metodología Dikeológica*. Rosario: Fundación para las investigaciones Jurídicas; entre otros.

la impulsora del tribunal de equidad, mas si es cierto que se inscribió en la lógica de resolución “alternativa” al tradicional método procesal del common law. Lo interesante a destacar es que las acciones de clase se presentan bajo la lógica disruptiva del tradicional acceso a la justicia que en aquella época, dicho acceso, estaba representado por el writ. Es señero lo dicho en un caso *Wallworth v. Holt* (1841) -mencionado por Gilardi Mada-riaga de Negre (2012, p. 79), citando a trabajo realizado por Alterini (2009)- en el cual la Court of Chancery proclamo que:

[E]s deber de esta Corte adaptar sus prácticas y el curso del procedimiento al Estado actual de la sociedad y no ser demasiado estricta en adherir a formas y reglas (...) para negarse a administrar justicia y hacer valer los derechos para los cuales no hay otro remedio.

Este fragmento permite resaltar de forma clara la postura tomada por aquel tribunal; postura que fue tendiente a flexibilizar el tradicional acceso a justicia, so pretexto de proveer justicia a conflictos que no encontraban solución por la vía procesal tradicional de aquel sistema judicial. Esta misma necesidad de flexibilización -verificada en el antiguo sistema anglosajón- se repite en el caso argentino. En este último, la cuestión del acceso por existencia de causa judicial viene a ser el remplaceante de lo relativo al sistema de writ en el sistema inglés. Es decir, el impedimento que se constituyó en el ordenamiento argentino también fue relativo al tema de acceso a la justicia. Mientras que en el sistema inglés se trataba del sistema de writs y su formalismo (en tanto método de impulso y acceso a la justicia del common law), en Argentina el problema pasó (discusión lejos de finalizada) por el tema de la legitimación *ad causam* y, eventualmente, *ad procesum*, que no fue reconocida normativamente hasta la reforma constitucional del año 1994 (junto con normas dispersas y especiales en materia como la Ley General del Ambiente 25.675, art. 30; o la legitimación prevista en el ordenamiento de Defensa del Consumidor 24.240 -con su reforma de ley 26.361- en el art. 52 y siguientes), y con mayor vigor a partir de los citados precedentes *Halabi y Mendoza*. En

otras palabras, al igual que los writs en el sistema inglés, la falta de reconocimiento de legitimación para reclamar en nombre de una clase (por entenderse que no se encuadraba en supuesto de afectación a derecho subjetivo alguno, y por ende inexistencia de causa judicial) constituyó un impedimento que paulatinamente nucleó los reclamos para flexibilizar el mecanismo de acceso a justicia en procura de aceptar a conflictos de clases. Si bien el sistema de writs inglés no impedía el acceso a justicia por el hecho de carecer legitimación, sino por falta de adecuación a las formas procesales, entendemos que resulta comparable a la falta de legitimación en el ámbito argentino que, si bien trata sobre materia sustancial del derecho, en los hechos configura un rigorismo formal que funciona como filtro de conflictos susceptibles de ser atendidos por la judicatura; de allí que del fin teleológico de sendas estructuras exista contacto de relación.

Un interesante aspecto a resaltar en el punto de contacto que relaciona a ambas situaciones es la lógica adoptada por parte de la judicatura. El anteriormente citado autor James (1985), al hablar de la evolución del sistema de writs partiendo de su estricto formalismo hasta su flexibilización, trae a colación la postura tradicional y natural del derecho del common law que generalmente se ejemplifica en lo resuelto por el caso *David v. Johnson* por la House of Lords¹⁶, al mantener que:

Finalmente, se debe remarcar que la evolución del sistema de writ provee un claro ejemplo del hecho de que el derecho evoluciona mediante la garantía de remedios a las lesiones más que formulando derechos “abstractos”. El derecho adquirido es resultado del remedio dado. (James, 1985, p. 28)

Enseña Verbic (2017) que esta intelección del derecho, propia del common law (y que difiere del civil law como apuntaremos

¹⁶ La House of Lords actuó, hasta el siglo XXI como tribunal supremo de última instancia. En el año 2009, la judicatura inglesa es reformada parcialmente, y la Corte Suprema, integrada por 12 miembros, es instalada como el órgano máximo de interpretación judicial.

seguidamente) se trata de la famosa formula *remedies precede rights*¹⁷. Dice el autor que:

En función de ella, se considera al proceso como un *prius* lógico, configurado por la posibilidad de defender ante un juez una determinada situación necesitada de protección. (...) El derecho (*ius*), mientras tanto, solo se entiende configurado si la situación invocada por el interesado resulta reconocida por el juez como merecedora de tutela. (Verbic, 2017, p. 225)

Por otro lado, el sistema jurídico del civil law o continental europeo (en el cual se inscribe la Argentina) la lógica del derecho se prevé de forma sustancialmente disímil a la anteriormente apuntada del common law. En esta, enseña Verbic (2017) que:

Las normas legales son estudiadas y utilizadas principalmente a través de abstracciones y definiciones de índole dogmática (...). Una de tales abstracciones, sobre la cual se construye gran parte de los sistemas jurídicos que responden a esta tradición, es la noción de derecho subjetivo. (...) Una de las más relevantes *derivaciones que tiene este fenómeno*¹⁸ es que funciona como un condicionamiento a la actuación de los tribunales de justicia y del resto de los operadores jurídicos, quienes asumen que si un sujeto no tiene un derecho reconocido por el derecho positivo, nunca podrá –al menos en principio– tener éxito en el marco de un proceso judicial. (p. 225)

Hemos apuntado anteriormente que el criterio del *common law* (el derecho adquirido es resultado de remedio dado) había sido receptado por la Court of Chancery, y el precedente *Wallworth v. Holt* de fines del siglo XIX era señero en este sentido. Bajo esta intelección el sistema inglés (y en gran medida el derecho anglosajón con sus diferentes matices) ha estructurado

¹⁷ O conocida también bajo el aforismo de "*ubi remedium, ibi ius*".

¹⁸ Cursiva agregada.

la articulación de las diferentes “flexibilizaciones” que venimos comentando (es decir, la paulatina evolución del sistema de writs, la incorporación de las primeras acciones de clase, etc.) a su sistema tradicional de justicia. Peculiarmente el caso argentino, regido principalmente por los lineamientos que señala el profesor Verbic en la cita anterior (esto es bajo la lógica de la consagración de derechos abstractos de corte romanista) parece apartarse -en el caso de acciones colectivas, mediante un actuar decididamente pretoriano en fallos como los ya mencionados *Mendoza* o *Halabi*- de esta tradicional concepción del civil law, para rosar con la intelección del common law. En rigor, esta relación parece mostrarse antes de los mencionados fallos, ya ubicándose en dos casos paradigmáticos en materia de amparo, los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *Siri* (*Fallos* 239:459) y *Kot* (*Fallos* 241:291), en donde el tribunal sostiene la tesis de que “allí en donde haya un derecho consecuentemente hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido”¹⁹. Si bien en los casos del 2006 y 2009 (*Mendoza* y *Halabi*, respectivamente), que actúan como punto coyuntural en el reconocimiento de acciones colectivas en el sistema jurídico argentino, tienen sustento directo en el articulado de la Constitución Argentina (particularmente en el artículo 43 -amparo colectivo-), el máximo tribunal argentino tiende a recoger una situación de vulnerabilidad (de hecho establece parámetros para su configuración y “legisla” en materia con las Acordadas 32/2014 y 12/2016) y provee un remedio al estilo del common law. Ante la inexistencia de legislación alguna en materia, procede a plantear -todo bajo su obra- los requisitos y sistematización primigenia de los procesos colectivos que en general, si bien con sus límites, permite dotar de flexibilización al esquema procesal tradicional a los efectos de dar cabida a acciones colectivas.

¹⁹ A propósito de la comparación, asimilación y paralelismo en torno a la actividad pretoriana desplegada entre los fallos *Siri* y *Kot*, por un lado, y *Mendoza* y *Halabi*, por el otro, José María Salgado ha trazado algunos análisis de esta particularidad (2010, p. 84).

En otras palabras, la actividad de la Corte Suprema Argentina, en esta materia, fue similar en alguna medida a la actividad ejercida por la Corte de la Cancillería del siglo XVII obrando bajo la lógica del *remedies precede rights*. Si bien es cierto que la Constitución Argentina ya había receptado el derecho de incidencia colectiva, no es menos cierto que -ante la mora legislativa- el máximo tribunal argentino reconoció una situación de vulnerabilidad que era meritorio tutelar y proveyó de un remedio (que no escapa de las numerosas observaciones hechas por la doctrina²⁰) que en los hechos constituyó la creación pretoriana de las acciones colectivas. En palabras sencillas la comparación sería la siguiente: a) en el caso del tribunal de equidad inglés: la no procedencia de una acción a causa de su no adaptación a la forma del writ, no es fundamento para dejar sin tutela a una situación que la merece; b) en el caso del tribunal máximo argentino: la mora del legislador no es fundamento para dejar sin tutela a una situación que la merece. Se trata finalmente, en ambos, de una actitud proactiva de tribunales que, además, se caracteriza por flexibilizar el paradigma procesal vigente hasta ese momento.

IV.B) Reconocimiento de acciones de clase como método de celeridad, economía, concentración y uniformidad de criterios en la tutela judicial

En este punto trataremos uno de los fines o mandatos teleológicos que existe en los fundamentos de aceptar un nuevo proceso a costa de apartarse de las formas tradicionales vigentes que, como veremos, se repitió tanto en el contexto del tribunal de equidad inglés del siglo XVII, como en el sistema argentino contemporáneo²¹.

²⁰ Ver en este sentido lo dicho por Giannini y Verbic (2017, p. 27 en adelante).

²¹ Sin embargo, no es éste el fin exclusivo de la consagración de mecanismos jurisdiccionales colectivos. Constituye uno de los pilares aun interpretativos de su función, pero no se erige como el único. Se destacan, entonces al menos 5 finalidades que, en rigor, constituyen el argumento central del “¿por qué?” de los procesos colectivos: a) Promover el acceso a la

Como hemos puesto de relieve oportunamente, el primer caso que generalmente se señala como primer precedente en materia de acciones de clases (*Brown v. Vermuden*) tuvo la peculiaridad de que parte de su fundamentación estuvo situada en la búsqueda de facilitar la concentración y economía procesal²². En rigor de verdad, la doctrina que ha trabajado en recuperar estos antecedentes (Marcin, 1974, p. 516) indica que si bien se lo coloca como el primer precedente de acciones de clases, el contenido de la decisión de carácter eclesiástica dista mucho de lo que se esperaría encontrar tratándose de un nuevo proceso. De hecho, señala Marcin (1974, p. 516), del tono del lenguaje utilizado por el Lord Chancellor parece asumirse que las acciones de clases ya habían sido reconocidas en el pasado. Empero, más allá de esta particularidad, peculiarmente existe un párrafo en dicha resolución que resulta -para el presente análisis- más que útil traer a colación, toda vez que en este se pone de relieve la utilidad que reconoció aquella corte del siglo diecisiete en permitir que la acción de clase sea obligatoria para los miembros ausentes (se trataba del caso del Mr. Vermuden) pero que implícitamente da por reconocida a la acción de clase propiamente. El fragmento se traduce de su original a continuación:

Si el defendido [Mr. Vermuden] no fuera alcanzado [por los efectos de la sentencia], demandas de esta naturaleza, como en los casos de cercado, demandas contra los habitantes por demanda a molino, y similares, serían infinitas e imposibles de ser finalizadas²³.

justicia; b) Eficiencia y efectividad de la judicatura o como lo denomina la doctrina anglosajona el “*Judicial Economy*”; c) Modificación de conductas (“*Behaviour modifications*”); d) La obtención de soluciones igualitarias en conflictos repetitivos o estructurales; e) Participación en tratamiento de conflictos colectivos. Ver en este sentido a los profesores: Giannini y Verbic (2017); Lorenzetti (2017); Verbic (2017); Salgado (2010 y 2011); etc.

²² Desde luego que ninguno de estos términos, v.gr., “celeridad”, “economía procesal”, y similares, fue utilizado en la antigua forma de escribir eclesiástica-anglosajona.

²³ Conf. *Brown v. Bermuden*, Court of Chancery, Inglaterra, 1676; referencias: [1676] EngR 69, (1676) 1 Chan Cas 282, (1676) 22 ER 802 (A). (Traducción propia).

Véase como se pone de relieve, ya en esta primigenia instancia, la necesidad de proveer un resultado de efectos vinculantes aun a las partes ausentes del procesos de clases, pero que en rigor tiene un contenido finalista certero: la economía en el tratamiento de un caso que, de no ser tratado de tal forma, sería impracticable por la cantidad de demandas que podrían devengarse con un idéntico objeto. En una misma línea, apunta Marcin (1974, p. 519) citando a Chaffe (1950), que el dispositivo del Bill of Peace proveyó una solución a la estructura de la Corte de la Cancillería: evitar la multiplicidad de demandas. Explica el citado autor, siguiendo a Chaffe (1950), que el firme deseo del Lord Chancellor en evitar la multiplicidad de demandas explica la voluntad que ha tenido el sistema de la equidad de permitir que los miembros ausentes fueran obligados, como en el caso *Brown v. Vermuden*, lo que consecuentemente provee las bases del nacimiento de las acciones de clases. En síntesis, aún desde el caso que ha tomado la doctrina como punta pie inicial de las acciones de clases una de las finalidades subyacentes ha sido, y se repite en nuestros días, la de proveer celeridad y concentración en el tratamiento de demandas por o contra clases. De ello deriva que de adoptarse una tesitura contraria la judicatura se vería sobrepasada materialmente por la cantidad de reclamos que, finalmente, tendrían un mismo objeto

En la experiencia argentina uno de los fundamentos que sustenta el progresivo desarrollo de las acciones colectivas, explica Lorenzetti (2017, p. 33), es la eficiencia económica y procesal. De allí que no hay duda, en principio, que es mejor concentrar en un solo proceso una decisión que afecta a grandes grupos (Giannini, 2007). Explica aquel autor que:

En cuanto a los costos económicos vinculados directamente con el proceso, la realización de miles de juicios individuales genera más demoras, mayores costos legales a cargo de los actores y demandados, mayores gastos en infraestructura judicial y mayor consumo de tiempo para la terminación de todos los pleitos. (Lorenzetti, 2017, p. 33)

En razón de procurar la eficiencia y economía procesal, la Corte Suprema argentina, haciendo uso de potestades cuasi-legislativas, sancionó la Acordada 34/14 (citada anteriormente) que crea el Registro de Acciones Colectivas como medio para “evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia” (del considerando 7° del voto de la mayoría en el fallo “*Municipalidad de Berazatagui c/ Cablevisión S.A.*”). Este es un claro ejemplo de que la concentración y economía procesal, en tanto presupuestos de un adecuado servicio de justicia, estuvo en mente de la actividad pretoriana ejercida por el tribunal altanero argentino.

Sin embargo, si bien el tratamiento de este tipo de procesos tiene el efecto positivo anteriormente apuntado, no es menos cierto que la doctrina haya encontrado ciertos efectos “adversos” a la incorporación de las acciones colectivas, entre ellos y de forma meramente ejemplificativa: conflictos de competencias entre magistrados intervinientes, incremento de litigiosidad, reparto no equitativo de los fondos de reparación, problemas de logística judicial²⁴, entre otros.

En definitiva, y sin desviarnos del objeto del presente trabajo, se puede observar que tanto en el primer caso de acciones de clases del sistema de equidad inglés, y el joven sistema de acciones colectivas del ordenamiento jurídico argentino, si bien con sus matices propios correspondientes a contextos normativos y sociológicos disímiles, se comparte una misma línea: flexibilizar el tradicional sistema procesal (en ambos casos mediante el reconocimiento de acciones colectivas) a los fines de tratar una pluralidad de demandas con un mismo objeto que, de lo contrario, provocaría una sobrecarga y hasta a veces la imposibilidad del tratamiento judicial; en líneas gruesas, proveer un tratamiento unificado en procura de la concentración, economía y eficiencia procesal.

²⁴ Todos ellos desarrollados por Lorenzetti (2017, p. 33 y sig.)

IV. Conclusiones: flexibilización del rigorismo formal procesal como parte del “germen” de los conflictos colectivos

Finalmente, pasaremos a realizar algunas conclusiones que resultan del confronto de los ordenamientos jurídicos estudiados. Aclaramos que ninguna de ellas se pretende como conclusión acabada o exenta de reparos, toda vez que, como hemos mencionado al iniciar este trabajo, se pretenden como meras aproximaciones parciales entendidas o programadas como aporte al armado sistemático de una teoría general del proceso colectivo.

En primer lugar podemos sostener que el fenómeno del litigio colectivo se presentó, tanto en el ordenamiento inglés del siglo XVII como en el ordenamiento argentino, como un paradigma procesal que significó un cambio del sistema procesal con el cual las judicaturas venían administrando justicia. Entendemos que como característica central, este cambio se estructuró -de manera más o menos agresiva- mediante flexibilizaciones de estándares o formas del proceso, a los fines de poder entender en los casos colectivos. En el caso inglés, esta flexibilización fue dada por el hecho de que las acciones de clase se tramitaran por un tribunal de equidad (Court of Chancery) que en lo fundamental se caracterizó por apartarse del espíritu procesalmente rígido que tenía el common law en sentido estricto. Este hecho tiene significativa relevancia a la hora de tratar de entender cualitativamente el fenómeno verdaderamente revolucionario que tiene el proceso colectivo argentino en el proceso tradicional. Aún en el siglo XVII, en un sistema completamente diferenciado al romanista adoptado por la mayoría de los países sudamericanos, el carácter colectivo de los litigios llevó a adoptar una postura radicalmente diferente al dogma de las formas procesal fuertemente enraizado en el proceso tradicional inglés. Desde ya que esto constituye un análisis parcial de las causas múltiples que llevaron a adoptar un sistema diferencial (a esto se debería sumar la lucha entre

intereses subyacentes entre el sistema del law y el sistema de la Equity; la situación socio-histórico que motivo en parte la recepción de acciones de clase; la influencia y puja entre el sistema del civil law y el sistema del Common Law; etc.)

En el caso argentino, la flexibilización estuvo presente en el hecho del reconocimiento de una legitimación extraordinaria a los fines de la tutela de un derecho de incidencia colectiva; empero también podríamos señalar -aunque escapa del presente trabajo- que este fenómeno al cual denominamos “flexibilización” (a falta de otra palabra más genérica) puede evidenciarse desde un aspecto institucional, en el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya creado pretorianamente remedios procesales, o bien que haya “legislado” en esta materia, hecho que resulta manifiestamente peculiar teniendo en cuenta que este tribunal representa al Poder Judicial mas no al Legislativo.

Además no podemos dejar pasar en alto que esta flexibilización, en tanto producto de la incorporación del paradigma procesal colectivo, significó una multiplicidad de nuevas intelecciones del proceso civil. En el caso argentino, la dilatación-expansión de legitimación, el ejercicio de un prudente activismo judicial, la incorporación de tutelas diferenciales, la incorporación de audiencias públicas, el menguamiento del principio dispositivo²⁵, el remplazo del litigio bilateral por la lógica de procesos policéntricos (Lorenzetti, 2017, p. 256), los alcances de las sentencias colectivas, entre muchas otras características susceptibles de ser enunciadas, la maleabilidad de plazos procesales y de institutos procesales de acuerdo a las circunstancias de las actuaciones en particular, son todos ejemplos de esta flexibilización que venimos mencionando.

El carácter colectivo parece contener un “germen” que se identificó tanto en las primeras acciones de clase del sistema

²⁵ Al respecto, Gidi (2012) enseña que la mayoría de los países latinoamericanos no aceptarían que sus nacionales sean obligados por sentencias dictadas en donde estos sujetos no fueron hechos partes, y ello se debe, entiende el autor, a que la mayoría de los países del “Civil Law” están estructurados bajo la premisa del principio *dispositivo* (p. 903-904)

inglés del siglo XVII como también se identifica en los procesos colectivos argentinos: el carácter colectivo contiene un mandato que lleva a repensar y replantear las instituciones procesales, obligando al operador jurídico a adoptar una actitud revolucionaria ante las formas más tradicionales, en procura de metas que trascienden el mero esquema conflictual bilateral. Este “germen” de lo colectivo demuestra que la forma del derecho impacta de lleno en la tutela de la sustancia del derecho. De allí que sea necesario hacer maleable a las formas procesales porque ellas hacen, en definitiva, a la eficacia del derecho. En este sentido entendemos que es obligación del operador jurídico adoptar la intelección de que la tutela de los intereses individuales o colectivos no viene dada por la mera fijación de derechos abstractos si esta no viene acompañada de igual forma por el desarrollo de remedios *eficaces*.

En síntesis, el “germen” de lo colectivo, que en el presente análisis se identificó como la “flexibilización” del rigorismo procesal, ya estuvo presente en el nacimiento de las acciones de clases, por lo cual prevemos que misma postura requerirá del operador jurídico a la hora de seguir tratando a los conflictos de la posmodernidad. Se deriva, finalmente, que si el “germen” tiene contenido revolucionario nuestro pensamiento para con las nuevas formas procesales debe ser igualmente revolucionario; para los conflictos que traiga aparejada la posmodernidad hará falta, entonces, un pensamiento igualmente posmoderno.

Bibliografía

- Bidart Campos, G. J. (1998). *Manual de la Constitución Reformada, Tomo II*. Buenos Aires: Ediar.
- David, R., & Jauffret-Spinosi, C. (2010). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (11a ed.). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Galdós, J. M. (2011). La causa “Halabi” de la Corte Suprema. *Revista Jurídica del Centro*(1).
- García Pullés, F. (2007). El Proceso de Clase. Herramienta implícita en el sistema jurisprudencial argentino. Necesidad de

- regulación. Una propuesta racional. En VVAA, & C. J. (dir.) (Ed.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo* (Vol. II, pág. 623). Buenos Aires: La Ley.
- Gellí, M. A. (2006). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada* (3 ra ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Giannini, L. J. (2007). *La tutela colectiva de los intereses individuales homogéneos*. La Plata: Platense.
- Giannini, L. J. (2015). La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P.*, 294-314.
- Giannini, L. J. (2018). Análisis crítico de anteproyecto de ley de procesos colectivos del Ministerio de Justicia de la Nación. *La Ley*. También disponible y obtenido on-line en: https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/07/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-del-Anteproyecto-de-Ley-Procesos-Colectivos_Giannini.pdf
- Giannini, L. J., & Verbic, F. (2017). *Los Procesos Colectivos y Acciones de Clase en el Derecho Público Argentino, estudios sobre la tutela de derechos de incidencia colectiva en el sistema federal argentino, bases para una reforma de la justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gidi, A., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2004). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Prorrúa.
- Gidi, A. (2012). The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad: The Case of Latin America. *Brooklyn Journal of International Law*, 894-957.
- Gilardi Madariaga de Negre, C. (2012). La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas - Las acciones de clase. En M. A. Bruno Dos Santos, *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo* (págs. 65-84). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

- Goldschmidt, W. (1985). *Introducción Filosófica al Derecho, la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Depalma.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la Acción Comunicativa II: Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus.
- James, P. S. (1985). *Introduction to English Law*. London: Butterworths.
- Lorenzetti, R. L. (2017). *Justicia Colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Marcin, R. B. (1974). Searching for the Origin of the Class Action. *Catholic University Law Review*, 515-524.
- Ovejero Silva, B. (2018). Los fundamentos del Common Law. Una introducción al sistema jurídico anglo-americano. *La Ley*.
- Ríos Muñoz, L. P. (2017). Los procesos colectivos, una histórica de clases. Aproximación histórico-normativa. *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, 159-170.
- Salgado, J.M. (2010). *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni
- Salgado, J. M. (2011). *Tutela Individual Homogénea*. Buenos Aires: Astrea.
- Spence, S. T. (Julio-Agosto de 2002). *Looking Back...In a Collective Way*. Obtenido de American Bar Association: <http://apps.americanbar.org/buslaw/blt/2002-07-08/spence.html>
- Timparano, A. R. (2012). Acciones de Clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente. En M. A. Bruno Dos Santos, *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo* (págs. 289-304). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Verbic, F. (2017). Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase. En AAVV, *Diálogo multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica* (págs. 219-366). Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA.