

Organizadores

Sérgio Cruz Arenhart

Marco Félix Jobim

PROCESSOS ESTRUTURAIS

AUTORES

Ana Carolina Squadri • Ana Maria Damasceno de Carvalho Faria • André Ribeiro Tosta • Carolina Barros Saraiva • Cesar Henrique Kluge • Christian Delgado Suárez • Desirê Bauermann • Edilson Vitorelli • Felipe Barreto Marçal • Fernanda Costa Vogt • Flávia Pereira Hill • Francisco Antônio de Barros e Silva Neto • Francisco Verbic • Fredie Didier Jr. • Gustavo Cavalcanti Lamêgo • Gustavo Osna • Henrique Alves Pinto • Hermes Zaneti Jr. • Humberto Dalla Bernardina de Pinho • Ingo Wolfgang Sarlet • Jordão Violin • Lara Dourado Mapurunga Pereira • Leandro J. Giannini • Leonardo Silva Nunes • Lucas Cavalcanti da Silva • Luís Henrique Vieira Rodrigues • Luiz Henrique Borges Varella • Marcella Pereira Ferraro • Marcelo Hugo da Rocha • Marco Antonio Rodrigues • Marco Félix Jobim • Mariela Puga • Mark Tushnet • Matheus Souza Galdino • Mauricio Martins Reis • Owen Fiss • Paulo Guilherme Mazini • Pedro Luiz de Andrade Domingos • Rafael Alexandria de Oliveira • Rodrigo Gismondi • Sérgio Cruz Arenhart • Thaís Costa Teixeira Viana • Ulisses Lopes de Souza Junior • Vanessa Mascarenhas de Araújo • Victória Franco Pasqualotto • Viviane Lemes da Rosa

Prefácio

José Maria Tesheiner

3ª edição

revista, atualizada e ampliada



EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

SOMBRAS Y LUCES DE LA TUTELA COLECTIVA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ¹

Sumario: 1. Consideraciones introductorias. 2. La protección de los derechos colectivos: una aproximación desde el derecho material. 3. Formas de protección material y tutelas jurisdiccionales. 4. Un *nuevo* paradigma: jurisdicción estructural y protección colectiva. 5. Régimen de la tutela jurisdiccional colectiva en el proceso civil peruano. Una aproximación y varias críticas. 5.1. *El Perú no tiene una cultura de litigio colectivo*. 5.2. Un *approach* sociológico: conflictividad social, políticas públicas y control jurisdiccional del poder. 5.3. Falla institucional en la representación de intereses colectivos. 6. *To do list* para una tentativa reglamentación de la tutela colectiva. 7. Conclusiones. 8. Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo diagnosticar de forma crítica y propositiva el régimen procesal civil colectivo a nivel nacional. Para ello se revisa la redacción normativa contenida en el art. 82^o a efecto de determinar si lo regulado es suficiente o si, por el contrario, merece una propuesta de reforma. Asimismo, a través del método empírico se hace referencia a la baja incidencia en la participación como representante adecuado en estas acciones de la Defensoría del Pueblo del Perú. A través de una permanente metodología sociológica pretendemos evidenciar que antes de cualquier trabajo legislativo de reforma del régimen de tutela colectiva en nuestro país, es necesario el estudio y reconocimiento de nuestro contexto, de la conflictualidad social y del posible control judicial de políticas públicas.

Summary: This essay aims to critically diagnose and to address several points on the peruvian class action regime and to analyze the rule 82 of the Peruvian civil procedure rules. Moreover, through an empirically method, some statistics shall reveal the low or inexistent participation of Peruvian public agencies regarding the adequate representation

1. Profesor en las Maestrías de Derecho Procesal y de Política Jurisdiccional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Lima. Máster en Democracia Constitucional y Teoría General del Derecho por la Universidad de Génova (Italia). Máster en Derecho Procesal Civil por la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la *Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile*. Miembro de la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil de 1993. Abogado por la Universidad de Lima.

in civil class actions. Finally, by means of a sociological approach prior to any reform act regarding class actions, we shall try to deepen on social and cultural issues vividly present on Peruvian society that should to be taken in consideration in pursuance of an adequate class action regulation.

Palabras llave: Tutela colectiva. Jurisdicción estructural. Representación adecuada. Sociología del proceso. Conflictos sociales. Control de políticas públicas.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Un fundamento presente en todo intento de explicar la teoría procesal sobre la protección colectiva de los derechos está en identificar al proceso civil como una herramienta dispuesta a solucionar controversias intersubjetivas individuales. No es un dato nuevo que hasta el día de hoy – y tal vez, mañana – el proceso seguirá siendo considerado como un medio de composición de litigios de orden *minimalista* en donde la estructura subjetiva del mismo se caracteriza por el *individualismo*. El *tête-à-tête* procesal bajo un perfil eminentemente conflictualista.

Ahora bien, tanto la doctrina, legislación y práctica jurisprudencial han tenido un ejemplar papel en la mera descripción sintomatológica de nuestro proceso colectivo patrio. Más allá de reconocer y repetir lo que nuestro derecho vigente expresa, dogmática y jurisprudencia reducen el estudio de esta tutela a estos aspectos: i) estudio y clasificación de la clase de derechos colectivos (difusos y colectivos) y; ii) análisis de los sujetos legitimados por ley para la actuación y representación en estos procedimientos. Tales intentos no satisfacen las exigencias que hoy en día la sociedad exige para la tutela de situaciones *supraindividuales*.

Sumado a ello, considerando el término *jurisdicción* como poder ejercido por el Juez-Estado con la finalidad de realizar cambios estructurales en *pro* de la protección de valores constitucionales (Fiss, 1979, p. 5) dentro de un aparato estatal, prestando tutela jurídica, se abre un debate para entender a la tutela colectiva desde otra óptica, tal vez, esta vez sí, guiada por una perspectiva constitucional del proceso. Esta nueva forma tiene por finalidad tutelar derechos subjetivos buscando la protección de los mismos siempre que las afectaciones se den a gran escala o, precisamente, cuando las agresiones o vulneraciones a tales derechos impacten en una colectividad de sujetos.

La protección de derechos difusos implica un estudio *desde fuera del proceso*. Inclusive, exige un análisis sociológico antes que jurídico. Esto es algo que ha quedado relegado por nuestro formante doctrinario nacional,

el que ha puesto la atención en el estudio de la técnica más allá del aporte real y empírico de nuestro cotidiano: el conflicto social.

Veamos.

Es imposible entender el alcance de la tutela colectiva sin antes calificar a nuestra sociedad actual como una sociedad globalizada en la que encontramos altas exigencias de eficiencia contractual y masificación de prestación de servicios y productos. Esa circunstancia latente – y vigente – aunada a la posibilidad de que el sujeto más débil en esta relación vea sus derechos amenazados o vulnerados nos invita a pensar en otras alternativas más allá del típico procedimiento clásico con clara disposición individualista. En verdad, la masificación de los productos y servicios [así como de demandas masificadas por los mismos] se erige como fundamento sociológico de la tutela colectiva, dado que frente a la existencia de demandas y exigencias de *masa*, surge también la potencial *litigiosidad de masa*.

En esa tónica, así como un único consumidor puede verse afectado por cualquier amenaza o vulneración directa, esa afectación también podrá tener un impacto universal, esto es, a más de un sujeto en donde el impacto del evento lesivo ya ni siquiera sea a un derecho que corresponda a un único individuo [v.g. derecho a la salud, al medio ambiente saludable, al patrimonio cultural o histórico, etc.]. La parte contratante más fuerte – con mayor poder económico – siempre opondrá menor resistencia, puesto que violentar el derecho puede ser más económico o rentable que evitar realizar una actividad lesiva con impacto supraindividual. Semejante panorama puede dejar al consumidor o a cualquier sujeto en una situación de debilidad en el exacto momento de situarse ante una relación jurídica patrimonial larga, costosa y casi siempre *in peius* respecto de la colectividad.

El contexto actual se caracteriza por la constante mercantilización de todas las situaciones jurídicas, generando una elocuente reducción del catálogo de derechos de cuño personalísimo y disfrazando la exigencia de tutela material y procesal adecuada a estas situaciones jurídicas *fuera del mercado*. Es ahí donde radica el origen de una potencial lesión o amenaza con alcance *plurisubjetivo*.

No le resta razón a MONROY GÁLVEZ (Monroy Gálvez, 2014, p. 187) al atribuir al proceso globalizador un efecto desolador en el aspecto jurídico, pues según el procesalista peruano *la globalización consiguió neutralizar la tutela de los derechos fundamentales colectivos en el plano del derecho internacional público, lo que ha llevado a la inexistencia de un sistema de garantías o instituciones idóneas que limiten o definan el ámbito de los nuevos poderes desregulados y agresivos del mercado*. Siendo así, tanto el derecho

material – por la definición de derechos y su forma de tutela – cuanto el derecho procesal – por el establecimiento de técnicas procesales y procedimientos idóneos al derecho material – son llamados hoy a combatir el embate de la mercantilización del derecho y la expropiación de derechos de naturaleza extrapatrimonial.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO MATERIAL

La afirmación de derechos a través de los procesos constituyentes nos permite afirmar la existencia de una imposición de un contra-límite a la permeabilidad y predominio de la lógica del mercado.

Evitando cualquier taxonomía en torno de los derechos – si sociales, individuales; si de primera o segunda dimensión – vale recordar que buena parte del valor constitucional *dignidad* se refleja en la recepción del ordenamiento jurídico de formas de tutela de derechos individuales o de grupo que incorporen o resguarden de forma inmediata una visión extramercantil de las necesidades humanas. Lógico, es inherente a la dignidad humana y, sobre todo, al propio núcleo de un derecho no patrimonial que la tutela dada por el Estado se condiga con esa esencia extramercantil para evitar aquel margen diferencial entre lo debido y lo otorgado por el proceso.

No podemos dejar de diferenciar los derechos de contenido patrimonial y los no patrimoniales. Ello con miras a pensar y plasmar un modelo procesal que contenga técnicas y procedimientos adecuados para tales derechos – ciertamente con titularidad colectiva –. Tales derechos, al pertenecer a un grupo o una colectividad, evidentemente podrán tornarse en objeto de amenazas de daños o en lesiones masivas, las cuales no pueden ser tuteladas por cualquier especie procedimental individualista. Se entiende que los derechos de la personalidad frecuentemente sufren el embate de la patrimonialización o los efectos de reparar las potenciales lesiones con dinero. No obstante, a través de esta práctica lo que realmente ocurre es la creación de un valor de intercambio para tales derechos fuera del mercado. Esta realidad se atestigua identificando nuestra tutela procesal como una forma de protección perteneciente a un modelo legalista e individualista.

La situación retratada líneas arriba habilita al agente lesivo a realizar un examen de costo-beneficio. Luego de tal ejercicio, y siempre y cuando tenga medios para reparar o pagar el costo de la violación del derecho, nada le impedirá realizar tal práctica ilícita y reparar posteriormente el derecho vulnerado, el cual, muchas veces, no espera como *valor de cambio* dinero ante su eventual y potencial agresión.

Parece obvio en este punto teorizar que mecanismos de protección patrimonial para derechos inviolables o intangibles – que impacten en un grupo o colectividad – pueden verse perpetuados cuando el proceso no atiende de forma *adecuada* a estos derechos, considerando, lógicamente, su esencia extrapatrimonial. Repárese que de continuar preponderando las pretensiones de convertibilidad en dinero todo y cualquier derecho extrapatrimonial, se estará delante del mayor vaciamiento de contenido del derecho fundamental a la dignidad humana y de la *compra* de los derechos por parte de quien prefiere vulnerarlos.

Esclareciendo el panorama retratado, el objeto de un dispositivo normativo que resguarde un derecho patrimonial o extrapatrimonial no descansa en la calidad o naturaleza de la actividad objeto de la relación contractual, sino en la estructura de la relación jurídica que envuelve tanto al titular del derecho como al sujeto obligado a la contraprestación.

3. FORMAS DE PROTECCIÓN MATERIAL Y TUTELAS JURISDICCIONALES

Constituye un tema arduo el tratar las formas de protección de los derechos, de las técnicas procesales y de los remedios judiciales dispuestos para tutelar todo tipo de derechos, sean patrimoniales o extrapatrimoniales.

Tal vez la dificultad percibida en el tratamiento adecuado de los derechos a nivel procesal radique en el fetichismo tipológico o conceptualista que es motivado por el intento de distinguir los derechos patrimoniales de los extrapatrimoniales. El principal equívoco en materia de calificación de situaciones subjetivas es el de insistir en dónde deben ser localizadas las situaciones jurídicas económicas y las no económicas. Tal objeción podrá ser esclarecida indagando en las relaciones jurídicas existentes entre los sujetos contratantes.

En realidad, posterior a la Revolución Francesa se confirió mayor importancia a la protección de las situaciones jurídicas patrimoniales. No obstante, tampoco podemos afirmar livianamente que el derecho civil de otrora estuvo adscrito a una monetarización de todos los derechos frente a la falta de tutela material para intereses o necesidades extrapatrimoniales. Evidentemente, esta patrimonialización integral de las relaciones subjetivas y de los derechos inmersos en ellas proviene del vertiginoso pluralismo en las relaciones jurídicas y de la falta de metodología al momento de aplicar soluciones mercantiles de forma indiscriminada a aquellas situaciones que están fuera del mercado.

Detengámonos en punto: el pluralismo de la sociedad retratado en las más variadas relaciones subjetivas protegidas debe tener una umbilical correspondencia con las tutelas jurisdiccionales y técnicas procesales a efecto de no perder de vista las particularidades y singularidades del derecho material protegido. Sin embargo, los intentos por diferenciar regímenes de tutela según la naturaleza de los intereses o de los sujetos y la importancia dada a la tutela jurisdiccional de corte patrimonialista llevaron a crear soluciones sofisticadas que tanto a nivel material como procesal satisfacían necesidades de titulares que no reclamaban una tutela indemnizatoria por dinero.

No obstante, la evolución de la sociedad, la incorporación de un *standard* o tipo de relaciones globalizadas y la proliferación de operaciones de intercambio económico, sea por bienes o servicios, junto con el poder de los *mass media* abrieron el paso a un giro copernicano en las relaciones sociales y, con ellas, en las potenciales relaciones conflictivas. De esta suerte, las relaciones jurídicas – patrimoniales o extrapatrimoniales – ahora se presentaban no sólo de forma individual, sino, por el contrario, de forma masiva, con pluralidad de sujetos titulares de derechos amenazados o vulnerados.

Todavía en el plano del derecho material, se entendió que dentro de una sociedad como la descrita actualmente, tanto los conflictos como exigencias de tutela jurisdiccional pasaron a ser vivenciadas ya no sólo por un único sujeto, sino, por un grupo o colectividad de sujetos indeterminados, determinables o determinados. La titularidad de determinados derechos y/o intereses, actualmente pasa a ser considerada como una titularidad colectiva, de una comunidad. Es de esta forma que aunque el órgano jurisdiccional reciba requerimientos de tutela jurisdiccional de contenido patrimonial, aquella diferenciación deja de importar y trasciende para ahora reparar en la composición de los polos, si es que existe individualidad o colectividad. En ese contexto, siempre que los sujetos titulares de derechos adviertan la violación de sus derechos, activarán el mecanismo de tutela que permita la materialización de aquel reclamo de tutela jurídica de tal colectivo. El tránsito es como sigue: identificada la metodología clásica de separación o dicotomía de derechos extrapatrimoniales o patrimoniales, proponemos que la atención a la tutela colectiva no deba recaer tan sólo en esta identificación a nivel procesal. Antes de reparar ello, el primer operador de la experiencia jurídica [el juez] deberá enfocar el análisis en la estructura de tal relación: si es que es de corte individual o si es supraindividual. Identificado ello es sólo cuando podrá tener claridad sobre la bitácora procesal que deberá emplear, en caso la norma procesal permita la existencia de tutelas destinadas a estas situaciones.

Consecuentemente, la normativa procesal es la que debe servir como crisol en el que hipotéticamente deberán encontrarse tanto la situación subjetiva material de contenido colectivo como la estructura procedimental técnica para la protección jurisdiccional de tales situaciones. Y ello es un imperativo dado que si la tutela jurisdiccional está caracterizada por ser *adecuada*, ello conduce a la afirmación de que no deberá existir un margen diferencial *material* en lo que respecta a la tutela judicial de situaciones diversas a las individuales.

Para hablar de una tutela jurisdiccional colectiva debemos trascender la visión atomística de las relaciones sociales y pensar en derechos colectivos.

Tal circunstancia exigió que desde mediados del siglo pasado se pensase en mecanismos de protección jurisdiccional a tales intereses y a las nuevas situaciones procesales creadas a raíz de la exigencia de tutela jurídica de un grupo. A partir de este punto, las premisas de cualquier estudio contemporáneo de derecho procesal, además de invertir tiempo en clasificar, enumerar y definir la miríada de conceptos jurídicos fundamentales y positivos procesales debe considerar el estudio de la tutela colectiva desde el plano material. Es por eso que no es casualidad que la nota distintiva de estos derechos resida, básicamente, en la atribución de titularidad transindividual, lo que reclama *otras* formas jurisdiccionales de protección.

Hablar de tutela jurisdiccional colectiva impone, como paso previo, fijar conceptos de derecho material, relacionados al derecho *colectivo* como materia prima de la construcción de cualquier modelo procesal idóneo para la protección de estos derechos.

Partiendo de la teoría de la constitución y de los derechos fundamentales, se entendió que los derechos fundamentales de tercera dimensión pueden ser denominados como *derechos de fraternidad o solidaridad*. Ellos traen como matiz caracterizador el hecho de desprenderse de la figura individual del ciudadano para abrir paso a la protección de *grupos humanos*. He aquí donde se distinguen del resto por constituirse como derechos de titularidad transindividual.

En ese trayecto, se afirma que dentro de la tercera generación de derechos fundamentales están incluidos los derechos al patrimonio común de la humanidad o del desarrollo, calificados por presuponer un deber de colaboración de todos los estados y no sólo el actuar de cada uno de ellos (Canotilho, 2007 p. 386) [recordar el embate globalizador de los estados frente a la reducción de protección de ciertos derechos individuales]. Esos derechos permiten pensar en la identificación de los derechos de los pue-

blos. Aparece aquí el debate si es que esos derechos también comprenden derechos transindividuales.

Ahora bien, distinguiendo derechos fundamentales de personas colectivas de los derechos fundamentales colectivos, (Canotilho, 2007, p. 422-424) sobre estos últimos se asevera que tales derechos tienen por finalidad la tutela de formaciones sociales que garantizan espacios sociales de libertad y de participación en el seno de la sociedad plural y conflictiva. Están también aquellos derechos fundamentales de ejercicio colectivo cuya titularidad es individual pero cuyo ejercicio puede ser afirmado colectivamente, como el derecho a la huelga.

4. SIGUE: ELEMENTOS DE LA TUTELA JURISDICCIONAL COLECTIVA Y JURISDICCIÓN ESTRUCTURAL.

El método dogmático subyacente a este artículo nos impone fijar las bases conceptuales de los institutos procesales a ser tratados en el decurso de esta investigación con la finalidad de evitar imprecisiones terminológicas.

La tutela colectiva, *requerida por una acción colectiva*, representa una forma de protección jurisdiccional iniciada por un representante [*class actor*] que actúa en nombre del grupo persiguiendo la protección de este derecho de naturaleza colectiva. La decisión a ser emitida se irradiará, en principio, sobre la totalidad del grupo. Los elementos que caracterizan esta acción se enumeran de la siguiente forma: i) existencia de un representante legitimado; ii) protección de un derecho inherente a un grupo o clase y; iii) efectos de la cosa juzgada. La tutela colectiva, advertimos, nada tiene que ver con el litisconsorcio o con cualquier mecanismo procesal de aglutinación subjetiva.

Bajo otra perspectiva, ARENHART (Arenhart, 2003, p. 145) menciona los requisitos que envuelven a la acción colectiva en el *common law*, elementos que para GIDI (Gidi, 2004, p.31) componen el propio concepto de la acción colectiva tal como fue visto en el párrafo anterior.

En tal línea, se afirma que desde la tradición jurídica de origen de las *class action*, el art. 23 de las *Federal Civil Procedure Rules* de los Estados Unidos afirma que tales acciones deben reunir: a) la existencia de una clase grande o suficiente de forma a tornar inviable la reunión en una única acción de todos los miembros de ese grupo; b) la presencia de cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase; c) la discusión en la acción de cuestiones de clase y; d) la representatividad adecuada de aquel que propone la demanda actuando por la clase como unidad.

No obstante, es lícito afirmar que los requisitos para la configuración de las acciones colectivas son los elementos que caracterizan y particularizan a este tipo de tutela jurisdiccional en relación a otras tutelas y en relación al propio modelo bilateral. En ese aspecto, por la propia naturaleza de las cosas, no podemos aspirar a definir una acción colectiva – y menos, la propia tutela colectiva – a partir de sus requisitos de procedencia de la acción. De otro lado, DIDIER JR. y ZANETI (Didier Jr.; Zaneti, 2011, p. 44) afirmaron que el proceso colectivo es aquella acción instaurada por un legitimado autónomo en el que se postula el pedido de tutela para un derecho colectivo *lato sensu* o se afirma la existencia de una situación jurídica colectiva pasiva con el objetivo de obtener una tutela jurisdiccional que alcanzará a una colectividad, grupo o número de personas. Así, la acción colectiva se materializa con la demanda, dando origen al proceso en el que se pretende una protección colectiva para determinadas situaciones. No obstante, esta última definición parece incurrir en una equiparación entre las categorías de *acción* y *proceso*.

Adviértase que los derechos colectivos *lato sensu* como la tutela colectiva se presentan bajo el revestimiento de *conceptos jurídicos fundamentales* (Didier Jr., 2015, p. 57), lo que trasciende al propio mundo jurídico para que a partir de datos reales de la cultura y, en este caso, de una sociedad *de masa*, puedan ser construidas definiciones o equiparaciones con una forma de tutela jurisdiccional de conceptos o epistemológica, no necesariamente *legislada*. La finalidad de caracterizar al derecho colectivo y la correspondiente tutela colectiva como conceptos jurídicos fundamentales es la poder auxiliar la comprensión del fenómeno jurídico *en donde y cuando* este ocurra. Sirve para la comprensión en cualquier ordenamiento jurídico y para el propio desarrollo de conceptos jurídicos positivos – como el término ‘acción colectiva’ –. De tal modo, la locución *acción colectiva* como acto de requerimiento de tutela jurisdiccional grupal o supraindividual, es un *concepto jurídico positivo* que solamente podrá ser obtenido *a posteriori* en el sentido de que apenas podrá ser aprehendida esta definición posterior al conocimiento de un determinado derecho positivo de una nación, *v.g.*, las *class actions* estadounidenses, las *azioni collettive* italianas y así sucesivamente.

Dicho ello, es de rigor la especificación de lo que constituye el objeto de la tutela colectiva.

La tutela supraindividual abarca la protección de los: a) derechos colectivos *strictu sensu*, sub-divididos en, a.1.) derechos colectivos y; a.2.) Derechos difusos y; b) derechos ontológicamente individuales pero que

pueden ser tutelados colectivamente por configurarse como individuales homogéneos.

Como es evidente, en el derecho procesal positivo peruano no existe definición alguna de esta taxonomía, debiendo recurrir para ello a una interpretación sistemática del Código de Defensa del Consumidor peruano (CDC) aprobado hace algunos años, el cual es de eminente inspiración brasilera. *Ope legis*, los derechos difusos según el art. 128 del CDC serían los derechos transindividuales de naturaleza indivisible, de titularidad de personas indeterminadas y ligadas por circunstancias fácticas comunes.

Ya en el ámbito de los derechos colectivos, llamados *strictu sensu*, son los derechos transindividuales de naturaleza indivisible de titularidad de un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

En tal escenario, los individuales homogéneos, reglamentados por el parágrafo único del Código de Defensa del Consumidor de Brasil son aquellos derechos individuales de masa, derivados de un origen común (Arenhart, 2003, p. 161).

Resáltese el carácter *transindividual* de los derechos difusos y colectivos.

Tal característica, de acuerdo con GIDI (Gidi, 2004, p. 67), comprende la no individualidad del derecho en discusión. Existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos, tornando irrelevante definir cuáles individuos pertenecen al grupo o no. La colectividad aquí es un dato tangencial. No obstante, si bien es verdad que no es imprescindible para la transindividualidad el determinar a qué grupo de personas pertenecen los colectivos y difusos, la diferencia primaria entre ellos radica en saber la determinación o no de esa colectividad.

Nos explicamos.

El carácter difuso de los derechos se circunscribe a la falta de determinación propia de la diseminación de personas en la sociedad que por circunstancias fácticas – lesivas – se encuentran vinculadas. Mientras que los derechos colectivos nos presentan factores que permiten determinar el grupo de personas o individuos dentro de una clase específica – sin importar su organización o adherencia a un órgano representativo –. Grupos indeterminados, titulares de derechos difusos serán aquellos que tuvieron vulnerado su derecho a la salud como consecuencia de la producción, venta y exposición de medicamentos no permitidos o nocivos a la salud (no sabemos cuántos afectados, grupo etario, localización, etc.). Por el contrario,

el grupo determinado de personas o titulares de derechos colectivos será, por ejemplo, el grupo de usuarios de tarjetas de crédito de un determinado banco o los asegurados de la empresa de seguros de vida *x* o, inclusive, la comunidad LGBT de la ciudad de Lima. Es importante resaltar que los titulares de derechos colectivos persiguen finalidades propias al grupo que pertenecen. Ambos conceptos jurídicos son revestidos por la *indivisibilidad* de derechos, puesto que de acuerdo con ALPA (Alpa, p.), no pertenecen a un único sujeto, pudiendo atomizar esa vulneración del derecho en pretensiones individuales. De hecho, ni los derechos difusos o colectivos *strictu sensu* son susceptibles de apropiación exclusiva y en torno de los cuales el disfrute de tales derechos, por parte de un único individuo, no limita o excluye el goce del resto de miembros del grupo.

Un panorama diferente se revela cuando al indagar la esencia de los derechos individuales homogéneos.

Como el *nomem iuris* evidencia, se trata de derechos individuales con titulares individualizados y específicamente determinados que, *ex post* de un evento lesivo *masivo* abre la oportunidad de aprovechar el aparato judicial dado por el Estado para proteger valores superiores como evitar decisiones contradictorias, preservar la economía procesal y permitir una resolución uniforme para los titulares de derechos individuales lesionados de una forma grupal y, todo ello, en una sola acción. Repárese que la lesión de los derechos individuales originados por un mismo hecho o hechos iguales permite la aglutinación o colectivización de estos derechos en una única acción. Basta pensar que si existe un factor lesivo generador a derechos individuales de forma masiva, esa situación podrá reflejar un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales involucrados a raíz de ese hecho común.

Como es de esperarse, si bien esta definición tentativa es meridianamente pacífica en doctrina, son nuestros tribunales y la Corte Suprema la que deberá guiar el entendimiento no tanto de la definición de derechos difusos, sino, de colectividad difusa, determinada o individual homogénea.

En paralelo, el título de este sub-ítem presenta a la jurisdicción estructural como un nuevo paradigma en la prestación de tutela colectiva. Al respecto, breves líneas conceptuales deben ser trazadas.

Sucede que, hasta este punto, si bien el *microsistema procesal colectivo* implica un nuevo entendimiento en la forma de cómo se hace el proceso y cómo se presta tutela jurídica, cabe anotar que este modelo ha superado también la mera afectación lineal (Arenhart, 2013, p. 389) que una sentencia podría generar al demandado en un único momento. En realidad,

teniendo como premisa empírica básica que es el propio Estado el primer agente lesivo de derechos colectivos, resulta patente que los litigios colectivos se tornen *estructurales*, propiciando la emisión, además, de una sentencia *estructural*.

¿Cómo entender esto?

La afectación a derechos transindividuales, generalmente impone pensar en otras formas de tutela más allá de la mera reparación económica a un grupo. Si consideramos las premisas trazadas en los primeros ítems, veremos el desborde de conflictos no patrimoniales a nivel colectivo.

Antes de hablar de proveimientos y sentencias estructurales es necesario introducir el término *jurisdicción estructural* como aquel modelo que superó la mera función compositiva del conflicto bipolar (Arenhart, 2013, p. 390) [un demandante – un demandado]. Siendo ello así, en términos de tutela estructural, tiene mucho que ver la emergencia de situaciones conflictivas que comprendan un hacer o no hacer no sólo del demandado, sino de otros sujetos, incluidas entidades públicas. Las cuestiones *tipo* o de mayor recurrencia procesadas en esta clase de litigio estructural son los conflictos sociales en donde el interés público está en juego, pero a costa de la afectación masiva a un número indeterminado o determinable de individuos. No cabe duda alguna que si el Estado ejerce presión sobre grupos minoritarios en la imposición de políticas públicas de afectación a gran escala, el grupo afectado encontrará habilitación para intentar revertir judicialmente este actuar estatal, en el cual, generalmente, actúan coordinadamente diversas entidades públicas.

El caso paradigma (Arenhart, 2013, p. 394) de litigio estructural tal vez encuentra primer indicio en *Brown v. Board of Education (Brown II)*, en el que una acción colectiva fue interpuesta contra el municipio de Topeka, en el Estado de Kansas, EUA, contra la política de segregación racial en las escuelas de enseñanza primaria. La Suprema Corte, un tiempo después, declaró la inconstitucionalidad de tal práctica dado que vulneraba la décimo cuarta enmienda de la Constitución estadounidense. No obstante, la negativa de algunas escuelas de no practicar más esta separación llevó al caso *Brown II*, en el que la Suprema Corte se vio forzada a examinar nuevamente la cuestión, estableciendo que la implementación de la primera decisión debería ejecutarse de forma *progresiva* con la adopción de medidas que eliminasen los obstáculos creados por tal práctica discriminatoria, bajo la supervisión de las cortes locales.

Sin ir muy lejos – y a nivel nacional – en el año 2013 fue interpuesta una demanda colectiva de amparo contra vulneraciones al derecho a la sa-

lud realizadas por el Ministerio de Salud (MINSA) y la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (Digemid). Una asociación sin fines de lucro de lucha contra enfermedades terminales propuso tal acción pretendiendo que el Estado peruano – a través del MINSA y Digemid – prohibiera el ingreso de medicamentos biológicos similares debido a la falta de reglamentación para los exámenes de comparabilidad y aprobación de tales medicamentos. Ese acto ilícito [de inexistencia normativa y posterior autorización indiscriminada para la comercialización de estos medicamentos] supuso que el Estado peruano avalara, sin reglamento alguno, el consumo de estos medicamentos que, al ser biológicos, sin un testeo correspondiente, podrían generar más daños que la propia enfermedad terminal – que, por cierto, los venían causando –.

La demanda fue declarada fundada en primer grado y confirmada en segundo grado. No obstante, lo particular de este caso fue la decisión puesto que dirigió tanto a MINSA como a Digemid la orden de aprobar reglamentos técnicos correspondientes para al testeo de comparabilidad y posterior autorización a diferentes laboratorios para la comercialización de tales medicamentos. Mientras tanto, estas medicinas *biosimilares* autorizadas y ya aprobadas quedaban en suspenso de comercialización y el juzgado ordenó a estas dos entidades del Estado a *implementar* normas de forma progresiva para contrarrestar el ilícito ya cometido.

Apréciase que el tipo de decisión no contiene como dispositivo o comando la mera reparación o tan sólo reconocer el estado de ilicitud. Sucede que al ser imposible revertir la situación ilícita descrita, resta tan sólo la implementación de actos *pro futuro*, para evitar la continuación de esta situación ilícita contra el derecho a la salud o, en el mejor de los casos, cesar los actos ilícitos antes de que continúen desplegando sus efectos anti-jurídicos aun no lesivos. Es una decisión que suponía dar cuenta al juzgado de la implementación de estas normas y, sobre todo, del comando jurisdiccional dirigido a estas entidades de *reglamentar* o emitir dispositivos para el ingreso autorizado de tales medicamentos *biosimilares*.

De acuerdo con FISS (Fiss, 1979, p. 11), esta *structural adjudication*, forjada en la cultura judicial norteamericana impone el control judicial del poder público en la preservación de valores constitucionales superiores. Ante ello es fácil caer en la *herejía* o comodismo dogmático de que semejante modelo de jurisdicción no calzaría adecuadamente en sistemas procesales del *civil law*, pues el primer contrapeso lo propiciaría una fuerte y arraigada cultura de separación de poderes, lo que frustraría intento alguno de controlar al propio Ejecutivo.

Dentro de este modelo la jurisdicción estructural impone que para la protección de estos valores superiores sea necesario realizar reformas estructurales dentro del mismo aparato estatal, representado en una de sus entidades [precisamente quien implementa y/o ejecuta la política pública]. Esto calza perfectamente en cualquier nación en la que los conflictos sociales emerjan de tal forma que los mismos sean propiciados por el Estado. En tal sentido, si no existe un contenido sociológico subyacente a la jurisdicción, difícilmente podrá implementarse este modelo ya que los principales grupos sociales afectados, por lo general, son los grupos minoritarios que no encuentran reconocimiento estatal o que a través de actos estatales – normativos o no – ven sus derechos vulnerados.

Admitida la posibilidad de controlar políticas públicas lesivas contra derechos fundamentales, es posible pensar en litigios estructurales. *Lamentablemente*, nuestro escenario nacional demuestra tal realidad de forma cotidiana con la explosiva cantidad de conflictos sociales, sobre los cuales nos detendremos en un ítem posterior. En este aspecto, parecería que a nivel nacional nuestra experiencia de descontento social con el Estado amerita un nuevo modelo jurisdiccional para su resolución.

Sin pretender pormenorizar la explicación de la jurisdicción estructural, cabe mencionar que una decisión estructural, plasmada en una sentencia, puede ser caracterizada como una sentencia *cascada*, en el sentido de que a la sentencia originaria le sobrevienen diferentes decisiones *estructurales* de implementación del comando dispuesto en la sentencia. De tal forma, como todo cambio estructural, la concesión de una medida de tal naturaleza supone una implementación en el tiempo y con ello, la emisión de decisiones consecutivas para la implementación de la decisión y también en función de las complicaciones inherentes al caso que puedan surgir eventualmente.

Así, por ejemplo, en lo atinente a las decisiones o sentencias estructurales la *structural injunction* llega a ser un híbrido dado que lo componen diferentes dispositivos remediales seleccionados y establecidos por el juez para la declaración y protección de derechos. Esta decisión estructural [híbrida] consiste en mandatos de reformas de políticas públicas, supervisión o acompañamiento judicial continuo, recepción de información y otras medidas variadas de resolución de conflictos fuera de la corte (Easton, 1990, p. 1983). Ahora bien, uno podrá encontrar alguna resistencia con la gran injerencia que podría suponer ejecutar y materializar este tipo de decisiones.

Casualmente, en una cultura de litigio como la nuestra, en donde existe un fuerte arraigo del juez a interpretaciones literales de los dispositivos y en donde la tripartición de poderes es considerada como un dogma de

fe, ello revela un camino sinuoso en la introducción, concepción, entendimiento y uso de estas medidas.

Delante de este panorama tan sólo se tienen dos opciones: i) o se le otorga suficiente poder al juez, en su deber de tutela jurisdiccional, para controlar al poder público en pro de la defensa de derechos subjetivos y fundamentales y emplear de forma justificada y no lesivamente las decisiones estructurales o; ii) se justifica de forma argumentada la inercia jurisdiccional frente a violaciones masivas del Estado o sujetos privados para evitar el uso de este tipo de medidas. Creemos que la primera opción es la más idónea en tiempos de eficacia directa de la Constitución y de protección de los valores contenidos en ella. Hemos afirmado, apoyados en doctrina norteamericana que el propósito general de este modelo y de este tipo de decisión radica en la real y efectiva alteración de condiciones sociales de ciertos grupos reformando, para ello, las relaciones estructurales internas de entidades gubernamentales, agencias públicas y entes privados. Instrumentalmente se concibe tal medida estructural para ejecutar un acompañamiento en la reforma estructural de una entidad o de una práctica o política pública que pueda repercutir favorablemente en la protección de un grupo.

Esto pues, constituye el nuevo modelo procesal que a entender de VERBIC (Verbic, 2014, p. 2) supone controlar la constitucionalidad o convencionalidad de acciones y omisiones del resto de poderes del Estado en materia de políticas públicas [especialmente aquellas vinculadas con sectores de la población tradicionalmente postergados, desprotegidos o desaventajados] y en ocasiones dictar complejas órdenes estructurales para remediar situaciones igualmente complejas. No obstante, todo ello supondrá de manera previa la alineación interinstitucional a efecto de que no se vea con reticencia la incursión del Poder Judicial en el control del propio poder público. Es por ello que antes de pensar en idear modelos procesales *estructurales*, es necesario un *reality check* a nivel nacional a efecto de medir la temperatura de qué tan propicio o no [y por ende, permitido o no] sería introducir este modelo procesal.

Esbozadas ideas de cuño genérico sobre el litigio estructural, debemos retornar al núcleo de nuestra investigación.

5. RÉGIMEN DE LA TUTELA JURISDICCIONAL COLECTIVA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO. UNA APROXIMACIÓN Y VARIAS CRÍTICAS

El régimen de la tutela procesal civil colectiva a nivel nacional se destaca por su insuficiencia. Una serie de factores contribuyen a la falta de utilización y de desarrollo normativo de esta tutela jurisdiccional. A saber [y

de forma ejemplificativa]: i) el Código Procesal Civil del Perú de 1993 (CPC de 1993) es un claro calco de modelos procesales civiles de cuño eminentemente patrimonialista e individualista. Sin desmerecer la importancia de la tutela de estas situaciones, difícilmente encontramos en nuestro CPC tutelas y técnicas procesales dispuestas a la protección de situaciones no patrimoniales y transindividuales; ii) la *amparización* ha dejado un campo de actuación nulo a los derechos personalísimos y extrapatrimoniales que podrían sufrir afectaciones masivas. Siendo que la tutela constitucional abarca la protección de la mayoría de derechos fundamentales sociales o colectivos, el proceso de amparo acaba siendo la tutela *default* para la protección de estos intereses; iii) por si ello no fuese poco, en el Perú sufrimos desde mediados de la década del 90 de un efecto de *administrativización* de una serie de materias teniendo como primera tutela la protección regulatoria y no jurisdiccional. Cuestiones de patrimonio histórico o público, de relaciones de consumo, medioambientales, socio ambientales, de salud y afines tienen como *vía previa* la tutela fiscalizadora y correctora de la administración pública. Ello sumado a la falta de especialización de la jurisdicción deja un papel nulo a la judicatura para el desarrollo de una idónea tutela colectiva; iv) finalmente, nuestro prodigo artículo 82º, el cual regula sin mayor éxito el régimen de la tutela colectiva carece de una serie de elementos ínsitos a tal tutela, comenzando por ser tratado como una cuestión de mera representación procesal, cuando entendemos que, más que eso, estamos al frente de un microsistema procesal.

El artículo 82º del CPC, modificado por el art. 1º de la Ley 27752 del 2002, establece lo siguiente:

Art. 82.- Patrocinio de intereses difusos.

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los artículos 93º a 95º.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.

Tanto la dogmática como la legislación dedicada al tema demuestran la falta o inexistencia de tradición jurídica en lo que atañe a la tutela jurisdiccional de intereses de grupo. Sea por el importante legado del modelo procesal civil clásico, de cuño cientificista y patrimonial o bien por el fuerte influjo de la tutela administrativa, la tutela colectiva se vio reducida a un único dispositivo el cual permitiría intuir que nuestro legislador, con pretensiones de omnisciencia, intentó regular este fenómeno con la menor cantidad de técnicas o reglas posibles para su actuación.

El art. 82 del CPC tuvo inspiración del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, así como del proceso civil brasileiro. No obstante, la forma como fue reglamentado el instituto por el legislador patrio demuestra un intento incipiente de aproximarse al tema en análisis.

Desde ya resulta patológico intentar regular semejante instituto en un único artículo y que ni siquiera encuentre correspondencia con otros artículos o institutos en el CPC que permitan una tutela adecuada a situaciones colectivas [*v.g.*, temas probatorios, efectos de la sentencia, medidas ejecutivas, etc.]. No restamos mérito al trabajo legislativo dado que en el intento de prever reglas para situaciones colectivas, el legislador consiguió hacerlo pero de forma ambigua e insuficiente. Ahora bien, se sabe que las ausencias o deficiencias normativas imponen al juez un papel protagónico en la concreción de estas insuficiencias y en la supresión de las ausencias normativas. No obstante, sin un mínimo de reglas adecuadas – como sucede en el caso peruano – cualquier juez no podría emprender la estructuración atípica de tantas otras reglas que la tutela colectiva pudiese requerir.

Revelado el estado de la cuestión, pasamos a advertir los principales puntos de mejora en el régimen procesal civil positivo peruano en torno de la tutela colectiva.

Es conocida la afirmación de que los institutos jurídicos, al ser definidos en dispositivos normativos *cierran* el sistema de forma tal que impide

la emergencia de otras interpretaciones por parte del tribunal, dejando aquella disposición como objeto de mera subsunción. Es eso lo que sucedió al intentar definir los intereses difusos en el art. 82º del CPC peruano. En verdad, toda definición de un derecho o categoría jurídica por medio de la legislación es peligrosa, dado que remite a un sentido de paternidad del instituto y a un potencial *espíritu* del legislador.

Existen innumerables conceptos sobre derechos supraindividuales. No obstante, es preferible que la definición sea hecha por la doctrina o el ofrecimiento de un sentido normativo por parte de las Cortes de Casación o tribunales constitucionales.

El art. 82º del CPC peruano define de forma equivocada a los intereses de grupo.

En principio, no aparece referencia alguna a los derechos colectivos *strictu sensu* (Gidi, 2010, p. 362), o a los derechos de origen común como los derechos individuales homogéneos. Semejante vacío producirá que esta no tipificación deje al juez sin pautas para identificar qué procedimientos y técnicas procesales aplica para la tutela de estos derechos. Si el juez está ceñido al pie de la letra [práctica judicial cotidiana] cualquier juez se encontraría habilitado a afirmar que el art. 82º tan sólo trata de los intereses difusos. Se sugiere como opción que sea la doctrina y jurisprudencia las que confieran contenido dogmático al fenómeno de los derechos colectivos *lato sensu*, a través de una definición por lo menos diferenciadora de los derechos difusos, colectivos *strictu sensu* y los individuales homogéneos.

Como fue mencionado anteriormente, la importancia del intento de establecer criterios diferenciadores entre estos derechos colectivos radica en la necesidad de definir la determinación o no del grupo, lo cual conllevará a efectos prácticos de los alcances de la sentencia. Por una cuestión de tipicidad, el art. 82º reduce su espectro de actuación tan sólo a los intereses difusos, dejando sin protección o sin cobertura legal a otros derechos colectivos.

Un elemento adicional a tomar en cuenta es la afirmación de que esos derechos difusos, tal como está redactado, también están compuestos por aquellos bienes de inestimable valor patrimonial.

Tal redacción normativa sólo puede hacerle un buen servicio al fetichismo patrimonial – no patrimonial.

Repárese que la circunstancia de que los derechos protegidos bajo el manto de la tutela colectiva tengan un valor patrimonial o no, carece de relevancia. Súmese a eso que la redacción del art. 82º del CPC peruano

produce en el raciocinio judicial un cuestionamiento sobre si el derecho tutelado entonces debe poseer o no un valor patrimonial o económico. Lógicamente, la tutela de los derechos colectivos no puede quedar restringida a aquellos derechos de inestimable valor patrimonial, siendo que la tutela jurisdiccional no hace distingo alguno a la hora de tutelar derechos patrimoniales o extrapatrimoniales para determinar si son colectivos o no.

Posterior a una rápida lectura del dispositivo en diagnóstico, se evidencia que el legislador intentó realizar una taxonomía de derechos colectivos, siendo que el art. 82º se limita, tan sólo, a arrinconar los derechos difusos a temas del medio ambiente, de derechos del consumidor y de protección de bienes culturales (Gidi, 2010, p. 364). Repetimos, la pretendida omnisciencia legislativa que pretende abarcar la totalidad de hipótesis fácticas tiene un resultado totalmente contrario al esperado puesto que definir a través de ejemplos cuáles son los derechos difusos, torna el sistema en algo ultracasuístico, llegando al írrito de considerar el carácter difuso o no de los derechos en base al bien jurídico tutelado, como i) medio ambiente; ii) relaciones de consumo y; iii) bienes culturales.

Un derecho difuso, colectivo o individual homogéneo encuentra su código genético en la estructura obligacional para a partir de ello indagar si el bien jurídico tutelado es difuso o colectivo. Intentar separar y diferenciar el carácter difuso o colectivo de los mismos en base a qué se protege (medio ambiente, salud, consumidores) es un error metodológico ya que la afectación a la salud puede ser tan sólo a una persona y por tratarse de salud no estaríamos al frente de un tema colectivo. Distinto es a analizar si uno de los polos [el afectado] dentro de su estructura obligacional o de relación jurídica material, comprende a una colectividad.

Por otro lado, la tutela colectiva perdería parte de su singularidad si no fuese por el régimen de legitimación extraordinaria que le es propio. En el CPC peruano, el art. 82º atribuye legitimación al Ministerio Público y a las asociaciones sin fines de lucro. Con la modificación posterior acontecida en el año 2002, por la Ley Nº 27752, se reconoció legitimación a los Gobiernos Regionales y Locales y a las comunidades originarias o nativas establecidas topográficamente en el lugar de práctica de los hechos objeto de vulneración de derechos colectivos.

Ahora bien, que las asociaciones sin fines de lucro sean las legitimadas a promover las acciones colectivas parece la mejor y menos complicada alternativa – en inspiración al derecho positivo brasilero – en lugar de la elección estadounidense de atribuir legitimación a un *class actor* extraño al proceso e inclusive al grupo afectado. Es conocido que en los Estados Uni-

dos el abogado de la clase puede actuar en el proceso en representación de los afectados, siendo motivado particularmente por los altos honorarios que el abogado – ahora, *class actor* – persigue con la emisión de la sentencia. Un panorama distinto se da con la participación del Ministerio Público a través de sus fiscales y también del Defensor del Pueblo que, en el Perú tienen una limitadísima participación en los procesos colectivos bien como agentes de defensa de estos derechos. A diferencia del contexto peruano, en Brasil el Ministerio Público ha aceptado e interiorizado su rol fundamental de velar por los intereses de la sociedad, más allá de ser el clásico *custos legis* y velar por ser titular de la acción penal. No obstante, la presencia de un Ministerio Público sin independencia, sin adecuado presupuesto y sin una organización interna acorde a la defensa de los derechos de masa, difícilmente podrá representar de forma adecuada a las colectividades.

Consideramos válido que el Ministerio Público tenga una participación más activa, por lo menos como interviniente dentro de los procesos iniciados por otros legitimados. En esa línea, como ocurre en Brasil, el Ministerio Público debería ser notificado con la demanda para que en estricta función de custodiar la ley, controle la actuación del otro legitimado dentro del proceso y pueda interponer otras pretensiones que permitan tutelar adecuadamente los derechos colectivos. Esa función de suplencia en las pretensiones originariamente requeridas por asociaciones sin fines de lucro u otros *class actors* podrán ser válidamente concretizadas por el obrar del Ministerio Público, interviniendo en todas las acciones colectivas.

La representatividad de las asociaciones – esto es, la idoneidad en el actuar del *class actor* en nombre de la colectividad – está regulada en el art. 82º del CPC peruano, inclusive, habilitando al juez para controlar y determinar si esa representatividad es adecuada. Parte del debido proceso a nivel colectivo tiene que ver con la necesidad de que el grupo titular de este derecho colectivo sea debidamente representado por un legitimado adecuado. La redacción del art. 82º, no obstante, no permite que el Ministerio Público pueda intervenir y cuestionar la representatividad adecuada del *class actor* una vez iniciado el proceso. Pero partiendo de una interpretación conforme a la Constitución, del dispositivo constitucional que atribuye funciones al Ministerio Público, no sería necesario que el art. 82º regulase, explícitamente, que el Ministerio Público deba controlar o fiscalizar la representatividad adecuada de los legitimados, teniendo a la vista el principio del debido proceso.

Antes de proseguir con el panorama normativo nacional, cabe mencionar que es fundamental a nivel de *civil law* que los legitimados extraordina-

rios deban ser entidades públicas o asociaciones sin fines de lucro que de forma institucional se vean comprometidas con la defensa y preservación de determinados bienes jurídicos que puedan tener una connotación colectiva. La opción nacional es la más adecuada en lo que respecta a la representatividad y esto por una sencilla razón: la apertura normativa para que cualquier persona natural o jurídica pueda ser el representante [aún no se sabe si adecuado o no] podría conllevar a que el *class actor* en realidad no actúe movido por el interés que motiva al grupo. Es patológico que en los Estados Unidos el *class actor*, por lo general y por decisión del grupo sea el abogado patrocinante, el cual no siempre encontrará comunión con los intereses del grupo, siendo de práctica usual que las *class action*, antes de finalizar con la emisión de la sentencia, finalice con un *settlement* o acuerdo entre las partes, de lo cual derivará una indemnización para el grupo y, eventualmente, un honorario para el abogado. Entre identificar que esto sea un incentivo que mueva más al abogado para la buena representación, la práctica demuestra lo contrario.

Otro aspecto neurálgico en el régimen procesal colectivo del CPC peruano tiene que ver con la cosa juzgada.

Es pacífico a nivel de doctrina que los efectos de la sentencia de fundabilidad tengan eficacia *erga omnes*, esto es, para todos los miembros de la colectividad, inclusive para los que no hayan participado del proceso o no hayan sido representados. Basta releer el art. 82º para advertir una omisión en torno a las sentencias contrarias a la colectividad o a los representados. No obstante, sería contrario al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional permitir que una sentencia contradictoria o desestimatoria impactase en los miembros ausentes de la colectividad o del grupo. Muestra de ello es que la tutela colectiva puede ser reclamada por los miembros ausentes dado que al tratarse de cosa juzgada *secundum eventum litis*, o mejor, dado que los alcances objetivos de la cosa juzgada dependerán del resultado del proceso, en caso este sea negativo, los ausentes no podrán verse afectados, pudiendo ejercer derecho de acción para dirigir las mismas pretensiones.

Concluyendo la aproximación crítica al régimen procesal colectivo patrio, en lo que respecta a la indemnización contenida en la sentencia estimatoria, el art. 82º parece caer, nuevamente, en la misma trampa producida por la referencia a derechos difusos de *inestimable valor patrimonial*. En esa tónica, al mencionar que la indemnización deberá ser entregada a los municipios o gobiernos de la circunscripción del evento lesivo, el propio artículo conmina al juez a cuantificar la lesión o el acto ilícito que impactó en un derecho difuso de *inestimable valor*. Ese adjetivo no hace más que

dificultar el criterio indemnizatorio y tornar oscura la forma o metodología de cómo debe ser cuantificada la indemnización por violación de derechos difusos – en el caso en que la pretensión tuviera alguna carga patrimonial/económica –. Escapa de toda duda, sin embargo, que el monto indemnizatorio a ser fijado en la sentencia debe ser el valor necesario para recuperar el bien de la vida pretendido – de ser posible – y no por el valor intrínseco o subjetivo que lo daría la fórmula *inestimable valor patrimonial*.

Debemos recordar que por la propia fungibilidad de la tutela indemnizatoria, cuando no fuere posible otorgar una indemnización en específico con miras a reparar o reponer el bien de la vida resguardado, esto es, cuando la vulneración al derecho fuese irreversible, la cuantía determinada como indemnización deberá servir para resarcir de forma alternativa o *por equivalente* al derecho vulnerado. Es evidente, por la propia naturaleza de la cosas, que bienes insustituibles dejan abierta la posibilidad de utilizar la cuantía demandada como un elemento disuasivo – *punitive damages* – o también como monto que de forma indirecta y relacionada pueda resarcir monetariamente la lesión. Sin perjuicio de ello, en el escenario jurídico peruano no existe una reglamentación de tales daños disuasivos pues al no conocer el destino de la cuantía ordenada en pago a raíz de esos daños, se incurriría en enriquecimiento indebido si los demandantes o el *class actor* recibiesen tal indemnización.

Este breve diagnóstico de la tutela colectiva nacional y sus correspondientes técnicas es un trabajo que sucede o viene después de mudanzas estructurales en la forma de entender nuestra litigiosidad colectiva. Ahora, como todo conflicto, estas relaciones de conflicto anteceden al ámbito jurídico, enclaustrándose, primero, en el fenómeno social.

He aquí el cuño interdisciplinario de este ensayo a través de una perspectiva sociológica empírica.

5.1. El Perú no tiene una cultura de litigio colectivo

Comentando el art. 82º del CPC peruano, GIDI (Gidi, 2010, p. 361) indica en torno del régimen de la cosa juzgada en nuestro sistema que lo más conveniente sería aquel régimen *secundum eventum litis*, ya que abriría la oportunidad a que los ausentes puedan replantear nuevamente la misma pretensión solicitada por el grupo. Afirma esta ser la mejor opción porque nuestro país *no tiene una tradición con los procesos colectivos* [...] y, consecuentemente, sería una solución rápida y no tan compleja.

La constatación realizada por el procesalista brasilero pone en alerta al sistema procesal patrio debido a que: i) el proceso civil efectivamente

no tiene interés alguno en tutelar situaciones colectivas; ii) son los legisladores los que han dejado de lado el mejoramiento de las pocas técnicas procesales y procedimientos para la protección de situaciones colectivas o; iii) nuestra propia jurisdicción, por la conjunción de i) y ii) se encuentra totalmente desprovista de herramientas para esta tutela y de sensibilidad alguna para implementar o suprimir vacíos normativos en detrimento de la tutela colectiva.

Qué duda cabe que se trata de una falta de tutela normativa y jurisdiccional que ha alcanzado niveles institucionales, al punto que, como veremos más adelante, los legitimados extraordinarios [o representantes adecuados mencionados en el art. 82º del CPC] brillan por su ausencia a la hora de representar intereses transindividuales.

Los países de esta región están caracterizados por tener democracias frágiles y, sobre todo, por (re)inaugurar regímenes democráticos con cierta periodicidad. Tal afirmación se ve reflejada en las constantes pujas entre los tres poderes del Estado y, sintomáticamente, en el aplastamiento a grupos minoritarios o menos protegidos por parte de estos tres mismos poderes. Hemos constatado que ni siquiera el vuelco *a la izquierda* de los programas de gobierno han sabido responder a los reclamos sociales de minorías y menos han asistido a aquellos grupos que no se encuentran protegidos por la legalidad estatal. La realidad es otra, el *welfare state* ínsito a cualquier gobierno que busca incluir y proteger a grupos minoritarios, acaba siendo mero *slogan* antes de una real promesa de tutela normativa y judicial para los no reconocidos.

El siguiente sub-ítem pretende algo paradójico: desmitificar la afirmación de GIDI, en el sentido de que el Perú sí es un país con un caldo de cultivo latente de conflictividad social, pero a la vez, revelar que a nivel institucional, más allá de falta de tradición, existe la falta de tutela legislativa o judicial para los intereses colectivos.

5.2. Un *approach* sociológico: conflictividad social, políticas públicas y control jurisdiccional del poder

Tres puntos sustentan este tópico; la idea de conflictos sociales, su relación con derechos colectivos, y el control jurisdiccional de políticas públicas. Todo ello en el contexto desde la sociología de la impartición de justicia.

Cualquier reforma legislativa es precedida por un cambio ideológico y por un estudio del contexto en el cual se pretende enmarcar determinada

reglamentación jurídica. Es inocultable que toda codificación o legislación guarda ínsitamente un contenido ideológico o programático.

Si a entender de GUASP (Guasp, 1952, p. 26) más allá del derecho procesal no hay derecho civil o derecho penal, sino pura y simple sociología, es esta disciplina la que en un intercambio interdisciplinar debe guiar una iniciativa de reforma legislativa en relación al tema de nuestro empeño: la tutela colectiva. Sin embargo, a nivel legislativo, jurisprudencial y dogmático, se ha mostrado un interés superlativo en el estudio de las técnicas y procedimientos de la tutela colectiva pero desde el proceso y para el proceso, sin prestar atención a: i) qué ámbitos materiales integrarla; ii) qué sujetos pueden ser revestidos de legitimidad o si los ya enumerados son suficientes y; iii) qué grupos minoritarios requieren de una solución de conflictos sociales.

Es innegable que el aporte de la sociología del proceso [o, específicamente, de la sociología de la impartición de justicia] resulta medular en nuestro medio, en el que los conflictos sociales convulsionan diariamente ante un Estado que enfatiza las desigualdades y prefiere la falta de comunicación y resolución. Es por ello que la orientación sociológica, más que una finalidad, es un método, puesto que todo discurso de la tutela colectiva ahora será motivado por la atención a las luchas sociales protagonizadas por grupos sociales hasta entonces sin tradición histórica de acción colectiva, igualdad sustancial y representatividad.

Boaventura DE SOUSA SANTOS (De Sousa Santos, 1985, p. 24) indica que existen condiciones sociales que conjuntamente con las teóricas posibilitaron la orientación del interés sociológico para los ámbitos del derecho procesal. Una de ellas hace referencia a la lucha social protagonizada por grupos sociales sin tradición de conflictividad colectiva, como los afrodescendientes, estudiantes, sectores pequeños de la burguesía en la lucha de nuevos derechos sociales. Una segunda condición de la *socialización* del proceso radica en los movimientos por la conversión del Estado liberal en un Estado providencia o de *welfare state*. Esta concertación de grupos y minorías motiva el interés estatal de intentar erradicar las desigualdades sociales y eso se hizo a través de un proceso de expansión no sólo de derechos de corte social-colectivo, sino que además, se integró a otros grupos al foco de atención del Estado.

Ahora bien, esto eventualmente llevó a una situación de desborde en la que los grupos minoritarios comenzaron a reclamar de forma más elocuente la defensa y protección de estos derechos e intereses. No obstante,

otra razón sociológica para el poco uso o falta de *cultura* de litigio colectivo radica en un factor socio-cultural. Casual y lamentablemente, los grupos minoritarios menos protegidos o desfavorecidos, no sólo son desfavorecidos a nivel económico sino, y sobre todo, educacional o cultural. Ello conlleva a que ni siquiera tengan ciencia cierta de qué derechos le asisten ante potenciales afectaciones masivas por cargo y cuenta del Estado o del privado, invitándolos a mantenerse resignados frente a tales vulneraciones.

Consecuentemente, esta sordo-ceguera y mudez del Estado genera en estas poblaciones el resentimiento necesario para la aparición de conflictos sociales.

Un conflicto social sirve de perfecto reflejo a la debilidad del Estado para llevar a cabo medidas eficaces, así como denota la incapacidad de otras fuerzas políticas de representar a una sociedad o un determinado grupo o clase (Murakami, 2013, p. 201). En ese sentido, tan sólo a nivel peruano encontramos algunas características típicas en los episodios conflictivos que estamos describiendo. Primero, existe una fuerte segmentación geográfica o dispersión a nivel nacional tanto de los grupos sociales como del alcance del Estado. Segundo, existen organizaciones sin fines de lucro e, inclusive, propias agencias estatales de apoyo y representación a los grupos pero que su fuerza y presencia es limitadísima, por no decir, inexistente. Finalmente, el Estado, valgan verdades, tiene una nula capacidad dialógica con los sectores sociales más oprimidos, casualmente, por propias decisiones o *políticas* del Ejecutivo.

Convengamos en un punto: el conflicto social a nivel nacional es tan sintomático que llega a tener la *marca Perú*. Y ello es así por la conjunción de diversos factores (Arce 2011, p. 69), como por ejemplo; a) poblaciones originarias o indígenas ocupantes de territorio nacional no son consultadas previamente a la disposición de tales tierras en *pro* de proyectos de inversión; b) el territorio nacional al ser rico en recursos naturales podría suponer que las actividades extractivas autorizadas por el Estado o en las que participa directamente se den a costa de obliterar derechos sociales; c) las movilizaciones territoriales o el sentimiento de propiedad del suelo por parte de ciertos grupos dificulta la existencia de canales de comunicación; d) el Estado no tiene una capacidad resolutoria y, lo que más nos interesa; e) hay una baja incidencia – por no decir inexistencia – de control judicial respecto de los elementos antes retratados.

Ahora bien, cabe recordar que la democratización de la justicia es una dimensión fundamental de la democratización de la vida social, que según

DE SOUSA SANTOS (De Sousa Santos, 1985, p. 33) tiene dos vertientes una interna, la cual comprende orientaciones tales como la mayor participación de los ciudadanos, individualmente o en grupos organizados y otra relativa a la democratización del acceso a la justicia. En ella se encuentran las medidas ejecutivas judiciales destinadas a permitir que sea fácticamente posible el ingreso de los litigantes a un proceso sin obstáculos económicos para el consumo de la justicia. No cabe duda alguna que ante la ausencia normativa de tutelas jurisdiccionales colectivas y sus correlativas técnicas procesales, estaríamos al frente de un bloqueo constitucional propiciado por el mismo legislador al no ofrecer a la ciudadanía una tutela adecuada, en este caso, para situaciones plurisubjetivas. Es lo que sucede a nivel nacional con la insuficiente reglamentación de la tutela colectiva plasmada en el art. 82º del CPC, la disposición marco para marcar la pauta en el resto de procedimientos judiciales.

El principal microsistema de protección para las vulneraciones de masa lo constituye la acción colectiva, dado que alcanza a un mayor número de personas y relaciones jurídicas que teniendo como relación material diversas situaciones sociales de amplia afectación, puede tratarse de forma célere, económica, tuitiva y homogénea la situación litigiosa colectiva.

No obstante, el tercer y último punto a tratar amerita cuestionarse si es posible que la jurisdicción ejerza un control sobre el poder público, bien sea el poder legislativo o ejecutivo frente a la adopción de medidas ejecutivas o legislativas que puedan impactar de forma lesiva en intereses colectivos. No obstante, el protagonismo judicial del cual tomamos parte, tal como retrata VIOLIN (Violin, 2013, p. 102), implica que, así como al magistrado no cabe sustituir al legislador y decidir basado en la voluntad popular, tampoco compete al juez sustituirse en la persona del administrador y decidir cuál determinada medida es técnicamente más adecuada que la otra. Por lo tanto, el debate a ser encarado en el devenir de un proceso colectivo tiene que ver más con la argumentación a ser realizada por el tribunal (Violin, 2013, p. 104) o juez para determinar si un acto político vulnera o no derechos. De alguna forma el mismo controlador [Ejecutivo] debe someterse a control. No se olvide que CAPPELLETTI (Cappelletti, 1973, p. 769) afirmaba que el mundo contemporáneo está marcado por una explosiva expansión del poder de los grupos y del gobierno, que requiere la actuación del Poder Judicial en el control de las autoridades y de los grupos de presión, en la tutela de las libertades básicas contras las nuevas formas y opresión y en la garantía de participación del individuo en la vida política. La jurisdicción, en estos casos, exigirá un

análisis *by case* en la tutela de un derecho colectivo *lato sensu* que pueda ser vulnerado.

5.3. Falla institucional en la representación de intereses colectivos

Identificados en párrafos anteriores algunos aportes desde la sociología jurídica para el proceso civil, en lo atinente a la tutela de derechos transindividuales, cabe preguntarse sobre el nivel de actuación y participación de uno de los principales legitimados a representar estos intereses a nivel nacional: la Defensoría del Pueblo.

Es un hecho notorio que a nivel nacional emergen diariamente conflictos sociales protagonizados, en su mayor parte, por grupos desprotegidos contra alguna actuación estatal, específicamente del Ejecutivo.

El propio Poder Ejecutivo cuenta con una entidad especializada en el control de conflictos sociales. Tal agencia es la Oficina Nacional de Diálogo Social y Sostenibilidad², adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros que, según sus estatutos, cumple una función de diálogo intermediador entre las partes en conflicto. Sucede que su capacidad de resolución se da sólo a nivel de diálogo y entendimiento mutuo antes de la eclosión de un proceso judicial. Iniciado el proceso ante la falta de acuerdo, esta oficina no cuenta con legitimidad para actuar como representante de grupos o clases [lo cual sería paradójico al ser una agencia adscrita al Ejecutivo, poder que, curiosamente, podría vulnerar derechos al emitir políticas públicas].

Pero cuando uno indaga sobre la entidad que lleva la batuta en lo que atañe a la protección de los derechos de la ciudadanía, rápidamente viene a la mente el papel neurálgico de la Defensoría del Pueblo. No obstante, veremos a continuación que más allá de estar legalmente legitimada a iniciar y actuar en acciones colectivas en las que represente a un grupo, por una cuestión de mera costumbre [o creemos falta de práctica y técnica] no inicia y, menos, actúa en procesos de índole colectiva.

Esta investigación pretende tener un filón empírico, en el sentido de investigar la real actuación de la Defensoría del Pueblo como principal legitimado a actuar en este tipo de procesos y medir la temperatura de la liti-

2. Creada mediante Decreto Supremo N° 106-2012-PCM, mediante el cual se modificó el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, creando la Oficina Nacional de Diálogo Social y Sostenibilidad.

giosidad colectiva a nivel de uno de los principales legitimados para actuar en tales procesos.

De tal forma, en el Reporte de Conflictos Sociales N° 150 de la Defensoría del Pueblo (Defensoría del Pueblo, 2016, p. 5), elaborado en el mes de agosto de 2016, resulta sintomático advertir información que revela la falta de práctica institucional para la representación de estos derechos.

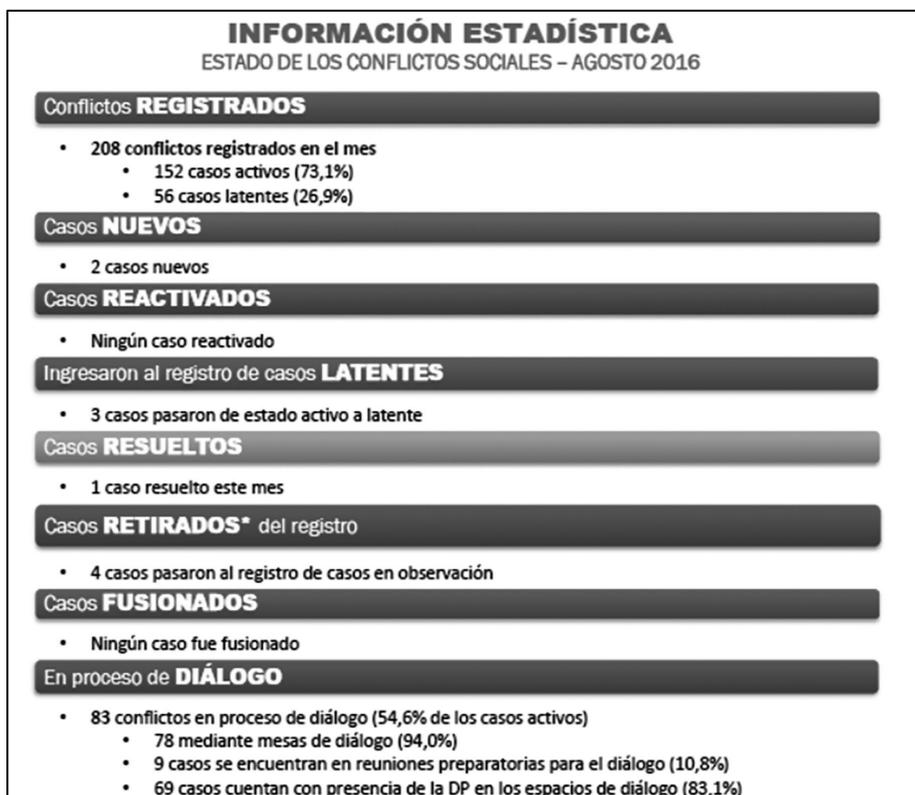
En el cuadro esquemático presentado líneas abajo (Fig. 1) tenemos la información maestra de las actuaciones o intervenciones defensoriales para la gestión de conflictos sociales hasta agosto del 2016.

INTERVENCIONES DEFENSORIALES SEGÚN MODALIDAD

Supervisión preventiva	Facilitaciones para acceso a la información
	Visitas de inspección
	Entrevistas con actores / Reuniones / Talleres de trabajo
	Alertas tempranas
	Amicus curiae
Intermediación	Interposición de buenos oficios
	Presencia en Mesas de Diálogo
	Presencia en Comisiones de Alto Nivel
Acciones humanitarias	Atención de heridos
	Verificación de fallecidos
Acciones de defensa legal	Verificación de la situación de los detenidos
	Supervisión de la función policial, fiscal y judicial

Enfoquemos la atención en las *Acciones de defensa legal*, rubro en el cual se puede apreciar que una de esas acciones consiste en la *supervisión de la función policial, fiscal y judicial*.

Dentro de las estadísticas presentadas por dicho organismo, encontramos las siguientes cifras:



Ahora bien, hasta agosto del 2016 se contabilizaron 208 conflictos sociales a nivel nacional, divididos básicamente en cuestiones étnicas, laborales y medio ambientales [estas últimas por actividades extractivas].

Del último rubro salta a la vista de forma elocuente que los métodos primordiales de gestión de conflictos sociales los encontramos en extensas etapas previas de comunicación, conversación o diálogo para llegar a una composición del conflicto sin que esta se judicialice – o *torne violenta* –. No obstante, si la memoria nos hace un buen servicio, nuestros gobiernos siempre se ha caracterizado por continuar avalando las acciones o prácticas atentatorias contra clases o grupos mientras *dialoga* con los representantes de tales colectividades tan sólo de forma parafernática. Pues bien, ante la pregunta de cuántos de estos 208 conflictos registrados se han judicializado por iniciativa de la Defensoría del Pueblo [dentro de sus

atribuciones], es paradójica la respuesta encontrada en la continuación del cuadro anterior:

Actuaciones **DEFENSORIALES**

- 103 casos tuvieron presencia efectiva de la Defensoría del Pueblo (49,5%)
- 133 actuaciones defensoriales:
 - 111 supervisiones preventivas
 - 9 intermediaciones
 - 7 acciones humanitarias
 - Ninguna acción de defensa legal

No hace falta mayor interpretación para revelar que del universo de conflictos sociales registrados, parecería que ninguno reviste las características o la importancia para que la Defensoría pueda actuar e iniciar directamente acciones colectivas en *pro* de la defensa de estos grupos que la ley autoriza a representar. En realidad, como lo apuntamos previamente, más allá de las razones normativas y de técnica procesal [ausentes o insuficientes en nuestro CPC o Código Procesal Constitucional], nuestros representantes legitimados para iniciar y actuar en estos procesos no han comprendido la real magnitud de estos conflictos, sus características y la potencial resolución que podría obtenerse de transitar por un proceso judicial expeditivo y adecuado para la tutela de estos derechos. Tal importancia de la representatividad adecuada y de quiénes son los legitimados extraordinarios constituye el núcleo del debido proceso legal colectivo y ello por una obvia razón, porque en esta especie procedimental es posible advertir que el representante no ni parte procesal y menos sustituto procesal y la potencial divergencia de interés dentro del proceso debe ser controlada de forma rigurosa.

Esto lleva a cuestionarse seriamente si más allá del *aggiornamento* que la doctrina y legislación le pretenden conferir a la tutela colectiva y sus correspondientes técnicas, más allá de los prospectivos y fructíferos trabajos de reforma legislativa, ¿no será que el inicio a una verdadera reforma es la de mudar o cambiar el entendimiento respecto a las relaciones de poder entre Ejecutivo, grupos económicos poderosos y colectividades desaventajadas o desprotegidas? Entendemos que aceptada esta realidad, el siguiente paso puede ser aún *estructural*, en la medida que sólo entendiendo la necesidad de tutela jurisdiccional para estas situaciones, podremos comenzar a dar cabida a la naturalidad que supone que la jurisdicción controle el poder público, a veces aplastante para ciertas minorías. Con ello creo que el rol institucional de los representantes adecuados [casualmente designados mediante disposiciones normativas, el cual es uno de los métodos dentro del sistema de designación de legitimación extraordinaria colectiva] podrá ser entendido a nivel colectivo para la defensa judicial de estos grupos sometido a control el representante que actúe en juicio.

6. *TO DO LIST* PARA UNA TENTATIVA REGLAMENTACIÓN DE LA TUTELA COLECTIVA

El tono reaccionario y crítico de este breve ensayo debe tener como destino final algún aporte con miras a contribuir a una adecuada reglamentación de la tutela colectiva en el régimen procesal civil peruano.

En primer lugar, un estudio contextual-situacional debe preceder toda y cualquier iniciativa de reforma legislativa. Casualmente los dispositivos menos utilizados [y que devendrán en desuetudos] son dispositivos que no tienen mayor utilidad puesto que fueron dados sin medir el real impacto que podría tener y ello porque antes y después del derecho, la materia prima con la que trabaja el operador jurídico es la relación social cotidiana, que escapa a los confines de lo jurídico. De tal forma, sentimos que antes de importar teorías o incrementar el catálogo normativo con más disposiciones relativas a las técnicas de litigio colectivo, resulta fundamental: i) diferenciar los derechos objeto de tutela, cuándo son difusos, colectivos y/o individuales homogéneos; ii) enumerar de forma no restrictiva los derechos en especie que podrán ser tutelados bajo el manto de la tutela colectiva, lógicamente, con una cláusula *numerus apertus* y; iii) optar por una mayor presencia de otras entidades públicas para la representación del grupo. Si reparamos, en este punto aún no entramos a tallar en la técnica procesal pormenorizada y ello porque creemos que luego del examen contextual, estos tres elementos arriba mencionados deben constituirse como un marco explícito antes de desarrollar en sí la propia técnica procesal aplicada a litigios colectivos.

En segundo lugar, algo que reclama atención a gritos: los sectores de mayor producción de conflictos sociales deben ser inmediatamente tutelados a través de la implementación legislativa en sus leyes del sector con reglas meridianamente claras y acordes a las del CPC [en la eventualidad de una posterior reglamentación integral a nivel procesal civil del proceso colectivo]. De tal forma, para llegar al punto de destino descrito, no basta contar tan sólo con el art. 82º del CPC o las inexistentes reglas procesales contenidas en la Ley General del Medio Ambiente, o las insuficientes reglas del Código de Defensa del Consumidor o de la Nueva Ley Procesal de Trabajo y, menos, indicar que ante la falta de reglamentación de estas técnicas en leyes específicas del sector, *serán aplicables las reglas del Código Procesal Civil*. Antes de eso, el esfuerzo debe dirigirse en reformar integral y contextualmente el sistema de protección colectiva en el CPC para, posteriormente, insertar en las leyes de los sectores de mayor incidencia de conflictos sociales algunas reglas claras e uniformes con las del CPC. Esto suena obvio, pero no es algo que pueda ser apreciado en nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, sobre la posibilidad de comprender a otras entidades y organismos como legitimados en estas acciones, antes de analizar la conveniencia o no respecto de ese tópic, el empeño debe ser el de fortalecer el rol representativo del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo así como del resto de entidades públicas que el art. 82º ha señalado como legitimados. Evidentemente, más allá de reglas claras que designen esta legitimación, lo real es que el papel de estas dos entidades debe ser más tuitivo, directo y no de meros intermediadores. Tan sólo para hacer al parangón, no se ha encontrado algún caso emblemático o de cierta relevancia social que haya derivado en un proceso colectivo iniciado por el Ministerio Público. Mientras más consolidada sea la función del Ministerio Público de tan sólo ser el *custos legis* y el titular de la acción penal, difícilmente esta propia entidad podrá experimentar o explorar otras atribuciones y funciones que le son dadas por ley, como en este caso, ser el legitimado para interponer acciones colectivas.

Si es que estos puntos estructurales para la reforma de la tutela colectiva a nivel nacional son observados, el establecimiento de procedimientos [si típicos o generales] así como técnicas procesales adecuadas para la protección de estos derechos podrá alcanzar el tan ansiado reflejo entre derecho material y proceso. Obviamente por una cuestión de localización armónica, lo que hoy en día nos presenta el CPC como *patrocinio de intereses difusos* contenido en el art. 82º dentro del capítulo de representación procesal, debe emanciparse de cualquier otra técnica procesal para erigirse como procedimiento autónomo y que tal autonomía sea reconocida por el CPC, en un capítulo independiente.

7. CONCLUSIONES

Una sociedad matizada por la alta exigencia de intercambio comercial de bienes y servicios así como la expansiva actividad estatal en la propia economía impacta de forma directa en el ámbito jurídico de grupos y colectividades menos protegidas y minoritarias. Tal constatación exige que el mismo Estado deba propiciar métodos [precisamente, tutelas jurisdiccionales] destinadas a prevenir, cesar o indemnizar los actos que puedan generar vulneraciones a derechos colectivos.

No obstante, la actual reglamentación de los derechos colectivos *lato sensu* y su defensa dada por el art. 82º del CPC peruano no termina por abarcar todas las situaciones materiales que podrían enervar la tutela colectiva de derechos. Para ello se ha constatado que sólo a nivel de redacción y técnica procesal, el único dispositivo dedicado a esta tutela jurisdiccional es confuso, contradictorio y omite la integración de las restantes categorí-

as de derechos colectivos *lato sensu*, así como de técnicas procesales adecuadas a la tutela colectiva.

Todo discurso jurídico debe tener una aplicación práctica y un aporte empírico bajo pena de caer en el *mentalismo* (Tarello, 1989, p. 243). En ese panorama hemos concentrado la atención en tratar la legitimación de entidades públicas, específicamente la iniciativa procesal de la Defensoría del Pueblo. A través del análisis de datos estadísticos actuales hemos visto que la falta de costumbre, consciencia y reglamentación adecuada de esta técnica ha acabado por conferir a la Defensoría del Pueblo, así como al Ministerio Público, el papel de meros entes intermediadores y dialogantes frente a los convulsionados conflictos sociales que acontecen matutinemente. Cabe indagar sobre el momento en el cual tales entidades puedan realmente fungir como representantes adecuados de grupos y clases para la defensa de derechos supraindividuales. Ello, no obstante, ni siquiera puede ser enmendado o revertido con la más vasta y quirúrgica redacción legislativa sobre esta tutela jurisdiccional si es que antes no se ha internalizado el papel tuitivo de estos legitimados para la defensa de estos derechos.

Finalmente, más allá de una reforma *desde el proceso y para el proceso* en torno a la tutela colectiva, es necesario el aporte social y contextual, ya que antes de implantar instrumentos jurídicos de otros ordenamientos e incluso tradiciones jurídicas, se requiere primero de una identificación de los sectores sociales más convulsionados y de cómo mejorar las leyes de tales sectores con la inserción de procedimientos y técnicas que permitan la debida prestación de tutela colectiva. A lo mejor, sólo después de haber entendido e interiorizado ello podemos evitar algún *baguazo* gestándose en el interior del país gracias al carácter de instrumento transdisciplinario que debe tener el proceso civil.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Arce, Moisés (2011). La repolitización de la acción colectiva tras el neoliberalismo en Perú. En: Debates en Sociología, vol. 36. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Arenhart, Sérgio (2003). Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Arenhart, Sérgio (2013). Decisões estruturais no processo civil brasileiro. En: Revista de Processo n 225. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Canotilho, José Joaquim (2007). Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina.
- Cappelletti, Mauro (1973). Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general report). En: Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings. Mauro Cappelletti; Tallon, Dennis (org.). Milán: Giuffrè.

- De Sousa Santos, Boaventura (1985). Introducción a la sociología de la administración de justicia. En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria.
- Didier Jr., Fredie; Zaneti, Hermes (2011). Curso de direito processual civil. Vol. 4. Salvador de Bahia: Juspodivm.
- Didier Jr., Fredie (2015). Sobre la teoría general del derecho procesal, esa desconocida. Lima: Raguel.
- Easton, Robert (1990). The dual role of the structural injunction. En: Yale Law Review. New Haven: Yale Press University.
- Fiss, Owen (1979). The forms of justice. En: Harvard Law Review. Massachusetts: Harvard Press University.
- Gidi, Antonio. (2010). Comentario al artículo 82º del CPC. En: Código Procesal Civil Comentado. Arequipa: Adrus.
- Gidi, Antonio (2004). Acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Ciudad de México: Fondo Editorial UNAM.
- Guasp, Jaime (1952). La pretensión procesal. En: Anuario de Derecho Civil. T. V. fascículo 1. Madrid: Agencia del Boletín Oficial del Estado.
- Monroy Gálvez, Juan (2009). Globalización, derecho y proceso. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N. 14. Lima: Communitas.
- Tarello, Giovanni (1989). Dottrine del processo civile. Bologna: Il Mulino.
- Verbic, Francisco (2014). Un nuevo proceso para los conflictos de intereses públicos. En: La Ley. Buenos Aires: Thomson Reuters.