

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

**La “representatividad adecuada” de la tutela de derechos colectivos en el Perú:
una tarea pendiente de resolver**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Procesal**

AUTORA:

Rudy Dámariz Palomino Mendoza

ASESOR:

Carlos Glave Mavila

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20100590

2018

RESUMEN

El presente trabajo aborda un análisis de la actual regulación de los procesos colectivos en el Perú; haciendo énfasis en las instituciones que han sido habilitadas por el legislador nacional para formar parte en el proceso; y, si la referida designación, es compatible con las características y fines que construyen el concepto de “representatividad adecuada”. De esta manera, el objetivo del presente trabajo académico se encuentra dirigido a confirmar que la opción legislativa, por la cual se excluyó la participación del ciudadano -no asociado-, tal y como ha sido regulado en el artículo 82 del Código Procesal Civil de 1993 y los artículos 843 y 848 del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil publicado por Resolución Ministerial N.º 0070-2018- JUS de fecha 5 de marzo del 2018, i) no resulta del todo compatible con el concepto de "representatividad adecuada" y, ii) el argumento presentado como justificación para el apartamiento del ciudadano, no ha considerado la potencial afectación de la tutela de los derechos del grupo. Finalmente, recurriendo al análisis de la experiencia extranjera y de la situación nacional, concluiremos que la restricción a la participación ciudadana- no asociada- vigente, debió ser ponderada por el legislador, optando, conforme a ello, por un elemento clave que se encuentra presente en el desarrollo de cualquier proceso: la adecuada participación del juez.

CONTENIDO

I. ÍNDICE

1. Resumen.....	2
2. Introducción.....	4
3. Capítulo I: La regulación de la tutela colectiva en el Perú.....	4
2.1. La representación procesal y legitimidad para obrar extraordinaria.	
2.2. La representatividad adecuada de los procesos colectivos.	
2.3. ¿Quién ejerce la tutela colectiva en el Perú?	
2.4. La representación de los derechos colectivos en la experiencia comparada: Estados Unidos, Brasil, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.	
2.5. La persona natural como representante adecuado en los procesos colectivos.	
4. Capítulo II: La representatividad adecuada según el Proyecto del Reforma del Código Procesal Civil.	14
4.1. Análisis a la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil: “la restricción por corrupción”.	
5. Conclusiones.....	20
6. Bibliografía.....	21

II. INTRODUCCIÓN

La actual regulación de los procesos colectivos -incipiente y disgregada- ha demostrado que no contamos con un sistema normativo coherente que abarque, como mínimo, las herramientas básicas que posibiliten una efectiva tutela de los derechos colectivos; esto es, respecto de quienes se encuentran legitimados para iniciar dicho proceso, su trámite, los efectos de la posible sentencia, entre otros.

En la práctica, esta situación se ha traducido en la grave afectación de los derechos del ciudadano, quienes, ante la incertidumbre de verificar cuál podría ser la vía idónea para proteger sus derechos o intereses, ven vulnerados estos de manera irreversible o irreparable.

Así pues, en relación con la problemática señalada, en el presente trabajo se pretende analizar la figura de la “representatividad adecuada” de los procesos colectivos, así como su regulación en el ordenamiento jurídico nacional e internacional; ello, con la finalidad de contrarrestar la elección legislativa en nuestro país, así como brindar un análisis de los argumentos que motivaron dicha elección.

De esta manera, a efectos de enriquecer el análisis del presente trabajo, se procederá con una revisión de los principales cuerpos normativos vigentes, principalmente el Código Procesal Civil de 1993 y su respectivo Proyecto de Reforma, así como una aproximación de normativa extranjera que aborda el tema de la representatividad adecuada.

III. CAPÍTULO I: La actual regulación de la tutela colectiva en el Perú

Pese a que, en los últimos 20 años, el ordenamiento jurídico peruano -en general- ha sido objeto de diferentes modificaciones normativas respecto al reconocimiento de los derechos colectivos, el trabajo normativo no se ha reflejado en una regulación coherente ni contradictoria respecto a cómo se tutelarán dichos derechos; demostrando, de esta manera, que el Perú no cuenta con una efectiva tutela colectiva.

Así pues, al mencionar una *debida tutela* nos referimos a la necesidad, en principio, de contar con una regulación sistemática que apunte hacia la satisfacción de los derechos, individuales y colectivos, mediante la entrega y disposición a los ciudadanos, de las herramientas idóneas y claras, a efectos de que sus pedidos puedan ser atendidos apropiadamente.

Sin embargo, en el caso peruano, contamos con regulaciones aisladas y -más grave aún- contradictorias sobre el reconocimiento de los derechos del grupo (ya sea determinado, determinable o indeterminado), las cuales permutan de una regulación en el ámbito laboral, administrativo, constitucional hasta incluso el ámbito familiar¹, sin llegar a reconocer una regulación definitiva que permita una debida atención para los casos de incidencia colectiva.

En efecto, podemos advertir que existen dos posiciones marcadas respecto a la posibilidad de participación de los ciudadanos: por un lado, el Código Procesal Constitucional, la Ley General del Ambiente y la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo señalan que “cualquier persona” (ya sea de manera particular o asociada) se encuentra legitimada para la tutela de los derechos del grupo; y, por el contrario, el Código Procesal Civil y el Código de Protección y Defensa del Consumidor son enfáticos al negar dicha posibilidad.

En el presente trabajo abordaremos los alcances de lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal Civil², de cuyo texto se pueden extraer los siguientes aspectos: i) los

¹ Ver Priori. 2016. pg. 501.

² “Artículo 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 debidamente 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 93 a 95. 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 de 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 de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.”

derechos cuya protección recoge expresamente – o no-; y ii) las instituciones legitimadas para ejercer su debida protección.

Con relación al primer punto, podemos advertir de una simple revisión del artículo previamente citado, que el legislador se limitó a definir únicamente aquello que considera como derechos (o intereses) difusos, al concretarlos como aquellos “cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor”. Al respecto, podemos afirmar que la tutela de derechos colectivos no se limita a este tipo de derechos únicamente; sino, también a lo que la doctrina nacional e internacional ha denominado *derechos colectivos* (respecto de dichos derechos cuya titularidad corresponde a un grupo de individuos) y *derechos individuales homogéneos* (en relación con los derechos individuales que ostentan un origen común).

Ahora bien, debemos considerar que la omisión del legislador respecto a la conceptualización expresa de los derechos colectivos, así como los individuales homogéneos en el texto del Código Procesal Civil, no puede ser considerada como una restricción para que el interesado pueda solicitar al órgano jurisdiccional la protección o tutela de sus derechos. (PRIORI 2016: 502) En efecto, la efectiva tutela de derechos colectivos reclama que todos y cada uno de los derechos que ostenta el grupo, sean debidamente tutelados por el ordenamiento, sin que las fallas del propio legislador de legislador se traduzcan en escenarios de indefensión de derechos.

Habiendo abordado ello, pasaremos a analizar el segundo punto que hemos resaltado respecto a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal Civil; esto es, respecto de las instituciones que el legislador ha considerado “idóneas” y ha facultado el iniciar un proceso a efectos de procurar la satisfacción de un colectivo: el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o Comunidades Nativas, y finalmente, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro.³

³ El artículo 82 del Código Procesal Civil de 1993, otorgo legitimidad para actuar en este tipo de procesos al Ministerio Público y a las instituciones sin fines de lucro. Sin embargo, con las posteriores modificaciones recogidas en el artículo 1 de la Ley No. 27752, publicada el 08 de junio de 2002, la legitimidad fue extendida a los gobiernos locales, gobiernos regionales, comunidades y rondas campesinas.

En relación con dichas instituciones, debemos mencionar que existe una discusión en la doctrina relacionada a la naturaleza y/o título bajo el cual se ejerce la representación en dichos procesos: por un lado, se encuentran quienes defienden la posición de *representación procesal de origen legal* (posición defendida por Monroy) y, por otro lado, quienes defienden la posición de *legitimidad para obrar extraordinaria*⁴ (posición asumida por Giovanni Priori).

Sin embargo, respecto de dicha discusión, debemos tomar en consideración que, para efectos del presente trabajo académico, más importante aún que determinar la naturaleza del sujeto activo en la relación procesal, es tomar en consideración que dicha discusión no deba representar un escenario de indefensión para la colectividad. En esa misma línea lo sostiene Camargo, quien considera que aquello que se debe impedir ante la falta de determinación del sujeto activo en la relación material (siendo que la naturaleza apunte a representación procesal o legitimidad para obrar extraordinaria), es que dicha situación se traduzca en una indefensión jurisdiccional de los derechos del colectivo. (CAMARGO 2010: 379)

En efecto, el tema que debería llamar más aun nuestra atención, y es respecto de este tema sobre el cual centraremos el presente trabajo, se encuentra en analizar si el sujeto activo – legitimado para iniciar el proceso colectivo- es en realidad idóneo o si precisamente ostenta lo que la doctrina ha denominado *representatividad adecuada*; y, específicamente, cómo el ordenamiento peruano ha entendido ello.

El concepto de *representatividad adecuada* ha sido abordado por Glave, quien señala que “La representatividad adecuada supone que aquel legitimado para plantear una pretensión colectiva sea, a su vez, un representante adecuado de los miembros ausentes del grupo. Es decir, que cuente con los medios necesarios (técnicos, económicos, logísticos, etcétera) para defender adecuadamente los intereses de todos los miembros del grupo” (GLAVE 2017:50)

⁴ Gonzalo Bernal, quien analiza ambas posiciones, precisa que, en caso de la representación procesal, nos encontramos ante representación de origen legal, en tanto los actos realizados por dicho representante (el cual no forma parte de la relación jurídica material) en nombre de su representado, tendrán efectos sobre este último. Por otro lado, en caso de la legitimidad para obrar extraordinaria, la posición habilitante para ser considerado como parte del proceso es autorizada en base a una permisión legal expresamente otorgada, por lo que el sujeto que afirma ser el titular de dicha posición es porque el mandato legal le permite argumentar ello. (2017: 15-16)

Por su parte, Gianini nos precisa que “El recaudo [la exigencia de la representatividad adecuada] es propio de todas las variantes de acción colectiva. Es decir que, por un lado, rige tanto en las que versan sobre intereses de naturaleza indivisible (difusos y colectivos) o divisible (individuales homogéneos). Y, por el otro, se aplica tanto en los procesos donde la parte plural se halla en el extremo activo de la relación procesal, como en aquellos en los que dicha situación se da en el polo pasivo de la litis (acción colectiva pasiva).” (GIANINI 2006: 2)

Por otro lado, existe una posición que pretende relacionar a la exigencia del predominio de cuestiones comunes sobre las individuales como parte de los requisitos de la representatividad adecuada; sin embargo, consideramos que se trata de aspectos distintos, ya que este último aspecto “apunta al análisis de los elementos objetivos de la pretensión. Puede apreciarse con la mera presentación del caso a decidir, sin importar en absoluto quién lo ha sometido a conocimiento del tribunal. Mientras que –por el contrario- la representatividad adecuada se muestra como un presupuesto estrictamente subjetivo, por estar primordialmente relacionado con las aptitudes del legitimado para la gestión.” (GIANINI 2006: 4)

Tomando ello en consideración, nos preguntamos si las instituciones que el Código Procesal Civil vigente recoge pueden ser consideradas realmente como instituciones idóneas para ejercer una representación debida del colectivo, o, en todo caso, si este cuerpo normativo estaría ignorando a un actor cuya participación puede resultar vital: el ciudadano común. Nos planteamos dichas interrogantes en virtud de la implicancia que ha tenido el reconocimiento del concepto de tutela jurisdiccional efectiva, el cual involucra una participación de cada miembro de la sociedad o ésta en su conjunto propiamente.

Pues bien, iniciaremos el presente análisis, planteando las siguientes interrogantes: ¿es posible afirmar que únicamente las instituciones señaladas por el Código Procesal Civil son representantes adecuados? Asimismo, ¿es posible afirmar que únicamente dichas instituciones cuentan con la suficiente experiencia, disponibilidad y recursos para ejercer debidamente la representación?

Como hemos señalado en párrafos previos, la representatividad adecuada se encuentra relacionada a que el legitimado cuente con los medios técnicos, recursos económicos, humanos, credibilidad, experiencia en temas colectivos, prestigio, conducta, intereses en favor del colectivo.⁵ En relación con ello, nos preguntamos si únicamente el Ministerio Público y demás instituciones⁶ que han sido consideradas por el Código Procesal Civil ostentan estas características.

Consideramos que la respuesta es simplemente negativa, siendo precisa la inclusión de los ciudadanos (como personas naturales) a la concepción de representantes adecuados en nuestro país, tal y como lo demostraremos en los siguientes párrafos.

Pues bien, sin la intención de abordar cual regulación es mejor o peor que otra, sino con el objeto de verificar bajo qué premisas se ha considerado la representatividad adecuada y si estos cuentan con una legitimidad flexible respecto a la participación de los ciudadanos, procederemos a comparar la experiencia legislativa internacional.

3.1. *Estados Unidos de Norteamérica.*

La legislación estadounidense ha considerado el tema de la representatividad adecuada como un tema primordial en cuanto a los procesos colectivos. En efecto, tanto es así que, la exigencia de una adecuada representatividad se encuentra incluida entre los requisitos expuestos en la *Federal Rules of Civil Procedure* (Reglas Federales de Procedimientos Civiles) para la certificación de una acción colectiva⁷.

⁵ Estos conceptos han sido considerados en el artículo 2 párrafo 2 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

⁶ Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o Comunidades Nativas, y finalmente, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro.

⁷ Requisitos establecidos en la regla 23 literal a) de dicho cuerpo normativo, el cual determina expresamente lo siguiente:

“(a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;

(2) there are questions of law or fact common to the class;

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”

De acuerdo con dicha regulación, cualquier –persona- que sea miembro de la clase, se encontrará en la posibilidad de iniciar un proceso colectivo, demostrando, de esta manera que legitimidad reconocida en EE. UU. no se limita a una lista cerrada ni supuestos limitantes en cuanto al sujeto activo. Ahora bien, resulta necesario precisar que ello no determina un tratamiento superficial por partes del sistema, sino que, por el contrario, se considera un papel determinante del juez.

En efecto, la legislación norteamericana considera la importancia de la participación del juez en ejercer un control judicial en la representatividad de los legitimados, al verificar que el representante del colectivo podrá defender adecuadamente los intereses del grupo. Así pues, el juez analizará la capacidad (experiencia, recursos, conocimiento, interés) de quien representará a la clase, de tal y como lo advierte el literal (g) de la regla 23 de las Federal Rules, la cual señala expresamente lo siguiente:

“(g) CLASS COUNSEL.

(1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

(A) must consider:

(i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;

(ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;

(iii) counsel's knowledge of the applicable law; and

(iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment”

En este caso, como se puede advertir esta legitimidad –adecuada- recae en el cumplimiento de dos aspectos: el inicio del proceso por parte de un interesado que forme parte de la clase (si reglas limitativas en cuanto al tipo de sujeto) y que el juez considere además que este constituye un representante adecuado.

3.2. *Brasil*

En caso latinoamericano, Brasil es uno de los países que ha considerado una mayor regulación sobre los procesos colectivos⁸. Así pues, en relación de la posición asumida respecto a la representatividad adecuada, Brasil ha considerado una lista cerrada, donde, al igual que en caso peruano, se ha excluido al ciudadano o persona natural de las facultadas para iniciar un proceso colectivo.

Precisamente, el artículo 82 del Código de Defensa del Consumidor, cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de cualquier interés colectivo, consagra esta limitación en los siguientes términos:

“Art. 82. Para los fines del artículo 100, segundo párrafo, son legitimados concurrentemente:

- I. El Ministerio Público.
- II. La Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal.
- III. Las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código.
- IV. Las asociaciones legalmente constituidas con por lo menos un año de antigüedad y que incluyen entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código, siendo dispensada la autorización asamblearia.”

Como se advierte, las normas brasileras encierran un favorecimiento a las instituciones del estado y a las asociaciones, sin considerar, al igual que en el caso peruano, que los ciudadanos puedan participar en el trámite de un proceso colectivo.

3.3. *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*

En la misma línea que el caso norteamericano, encontramos la propuesta del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, mediante la cual se ha considerado una lista abierta

⁸ Brasil es el primer país latinoamericano en introducir la tutela de los intereses difusos y colectivos. Así pues, primero se consideró la ley de Acción Popular, y posteriormente, mediante el Código de Defensa del Consumidor.

respecto de los legitimados para iniciar este tipo de procesos. Así pues, en el artículo 3 del referido cuerpo normativo, se considera expresamente lo siguiente:

“Art. 3º. Legitimación activa. - Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

I - toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho;

II - cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos;

III - el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública;

IV - las personas jurídicas de derecho público interno;

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

VI - las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría;

VII - las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este Código, sin que sea necesaria la autorización de la asamblea;

VIII - los partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales.”

Asimismo, al reconocer esta posibilidad (lista abierta) también recoge una facultad de los jueces para verificar que, quien pretenda iniciar estos procesos, ostenten representatividad adecuada. Ello se puede verificar del artículo 2 párrafo 2 del referido Código, el cual señala:

“Par. 2º. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

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

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

e - su conducta en otros procesos colectivos;

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

e - el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.”

Ello encuentra fundamento en la Exposición de Motivos elaborada por el mismo Instituto, por el cual se señaló la importancia de los temas que hemos abordado previamente; esto es, respecto de los legitimados para iniciar un proceso colectivo, los requisitos básicos

para considerar una representatividad adecuada, y el papel del juez para verificar el cumplimiento de tales requisitos. Al respecto, dicho texto señaló lo siguiente:

“La representatividad adecuada –mencionada en muchos estatutos iberoamericanos- es exigida y detallada, mediante una lista ejemplificativa de criterios que podrán orientar al juez en su evaluación. La legitimación es la más abierta posible, para atender a todos los modelos ya existentes de procesos colectivos en Iberoamérica. Queda claro que la legitimación es concurrente y autónoma, admitiendo el litisconsorcio de los colegitimados. No se descuida el papel de fiscal de la ley del Ministerio Público y se prevé el compromiso administrativo de ajustamiento de conducta, a cargo de los legitimados de naturaleza pública, capaz de evitar o abreviar el proceso, con la formación inmediata de título ejecutivo”⁹

De esta manera, el Código Modelo recoge la posibilidad de que cualquier persona inicie el trámite de un proceso colectivo, considerando que el juez, actor principal en dicho proceso, verifique que éste es un representante adecuado.

Habiendo abordado la regulación extranjera y, en los supuestos en los que se permite la participación de los ciudadanos (y la posterior verificación de los jueces), podemos verificar que existen regulaciones contradictorias: quienes consideran que debe existir una regulación cerrada o *lista cerrada* (Perú y Brasil, de acuerdo con lo abordado en el presente trabajo), en contraposición, de quienes consideran que no debe existir tal limitación o *lista abierta* (EE. UU. y Código Modelo).

Ahora bien, aun cuando puedan existir razones para considerar una limitación en la legitimidad¹⁰, podemos verificar que estas se encuentran principalmente relacionadas a la efectividad de los procesos y a los motivos que impulsan el inicio de dichos procesos. Sin embargo, consideramos que no debe perderse de vista que, a efectos de evitar esos escenarios, se puede recurrir a medidas preventivas en el trámite del mismo proceso, como la activa participación del juez y del Ministerio Público (como custodio y no como sujeto activo precisamente), sin llegar al punto de limitar expresamente la participación

⁹ Página 6 de la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004.

¹⁰ Con relación a ello, Glave señala que “Esta legitimación amplia, en rigor, conlleva a otros problemas de índole procesal y constitucional como, por ejemplo, (i) un sinnúmero de procesos que busquen lo mismo; ii) incertidumbre respecto al nivel de vinculación que tenga cada uno de esos varios procesos en los miembros ausentes; y, tal vez lo más importante, (iii) que el proceso colectivo no llegue a ser efectivamente una herramienta poderosa para la tutela de derechos colectivos”. (2017:47)

de los ciudadanos no asociados en el proceso, más aun cuando estos pueden cumplir con todas las características y requisitos de un representante adecuado.

De esta manera, y como se desprende de la legislación comparada, el ciudadano efectivamente puede ser considerado como representante adecuado de la colectividad, siempre que, como cualquier interesado, acredite contar con los requisitos que dicha consideración amerita: capacidad económica, logística, técnica, experiencia, entre otros.

Sin embargo, ¿cuál ha sido la limitación de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico para excluirlos como candidatos? La respuesta se encuentra relacionada con la “posibilidad de corrupción” de los ciudadanos; y que, de acuerdo con nuestro legislador, “excluiría” a las instituciones del Estado.

IV. CAPITULO II: La representatividad adecuada según el Proyecto del Reforma del Código Procesal Civil

Como hemos mencionado, el Código Procesal Civil ha demostrado que la posición de nuestro legislador se encuentra dirigida a considerar que la persona- natural- (ciudadano) no debería formar parte de los legitimados para iniciar este tipo de procesos, optando por una *lista cerrada* a favor de determinadas instituciones del Estado.

Esta misma posición ha sido reconocida en el Proyecto del Reforma del Código Procesal Civil¹¹.

En efecto, el Proyecto publicado en marzo del presente año, si bien ha significado un cambio radical en lo respectivo a la tutela colectiva, en tanto recoge dentro sus disposiciones normativas temas que habían sido consideradas previamente (como en el reconocimiento expreso de los derechos colectivos e individuales homogéneos en el texto normativo), mantiene la tendencia de excluir la participación del ciudadano, prefiriendo la intervención de determinadas instituciones. El artículo 843 del referido Proyecto precisa lo siguiente:

¹¹ Publicado por Resolución Ministerial No. 0070-2018-JUS de fecha 05 de marzo de 2018.

“Artículo 843.- Legitimación para la tutela de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos.

Tienen legitimación para plantear una pretensión en tutela de un derecho colectivo, difuso e individual homogéneo:

1. La Defensoría del Pueblo,
 2. El Ministerio Público,
 3. Las entidades de la administración pública que tengan entre sus funciones conforme a ley, la defensa de los derechos cuya pretensión se plantea en el proceso,
 4. Las personas jurídicas sin fines de lucro con un año previo de constitución y que estatutariamente incluyan entre sus finalidades la defensa de los derechos previstos en este capítulo.
 5. Las comunidades campesinas y nativas de la localidad en la que se pretende que produzcan los efectos de la sentencia, representadas conforme a ley. En el caso de la tutela de derechos individuales homogéneos solo podrán actuar en beneficio de sus miembros.
 6. Los pueblos indígenas representados por sus autoridades en la que se pretende que produzcan los efectos de la sentencia. En el caso de la tutela de derechos individuales homogéneos solo podrán actuar en beneficio de sus miembros.
 7. Los gobiernos locales o regionales de la localidad en la que se pretende que produzcan los efectos de la sentencia, solo para tutela de derechos difusos.
 8. Los Colegios profesionales en el ámbito de su competencia.
- Las leyes especiales podrán regular requisitos adicionales en el ámbito de su competencia.”

Como se advierte, de acuerdo con la Proyecto propuesto, la representación de los procesos colectivos será adecuada en tanto dicha representación sea ejercida por las instituciones estatales o asociaciones sin fines de lucro que allí se mencionan, dejando de lado a la persona natural o ciudadano¹².

De esta manera, aun cuando la exclusión ha sido recogida en el artículo previamente citado, podemos advertir del propio texto del artículo 848 del Proyecto, que toda posibilidad para que el ciudadano pueda ser considerado como representante adecuado ha quedado vedada. Veamos:

“Artículo 848.- Actuación de los legitimados en los procesos de tutela de los intereses individuales homogéneos.

¹² Ahora bien, debemos tomar en consideración que, aun cuando el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil no considera a la persona natural o ciudadano común, lo cierto es que actualmente, como hemos señalado previamente, en otras regulaciones sí se han considerado muchas de estas regulaciones a la persona natural como en caso de la Ley General del Ambiente o la Nueva Ley Procesal del Trabajo, por lo que la confusión y la falta de criterio uniforme nos presenta un serio problema.

Las personas individuales que formen parte del grupo no pueden intervenir directamente en el proceso. Las personas individuales solo actuarán por intermedio del demandante legitimado a través de una defensa no individualizada, salvo para efectos de la ejecución de sentencia. El demandante legitimado debe informar del desarrollo del proceso y explicar sus principales actos, a través de páginas web, redes sociales y otro medio digital de comunicación masiva.”

Pues bien, la justificación para dicha restricción ha sido abordada en la Exposición de Motivos del referido Proyecto, en la cual, el grupo de trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil precisó que “(...) La Comisión considera que si cualquier persona natural por sí sola pudiese iniciar un proceso colectivo, el alto nivel de corrupción en el país generaría demandas maliciosas que busquen extorsionar al demandado, celebrar acuerdos que no benefician al grupo protegido o incluso entrar en connivencia con el demandado. Se busca que las instituciones legitimadas sean un filtro para el inicio de los procesos colectivos.”¹³

Como se puede advertir la Comisión parte, básicamente, de dos premisas: i) evitar que los ciudadanos –corruptos- puedan iniciar procesos que puedan perjudicar al colectivo; y, ii) que las instituciones, a quienes considera bajo su premisa como “no corruptos”, se presenten como un filtro para frenar actos de corrupción que puedan perjudicar el trámite de un proceso colectivo.

Al respecto nos preguntamos si ello sucede precisamente en esos términos. ¿Pueden aquellas instituciones señaladas por el Proyecto de Reforma ser consideradas como “filtros anticorrupción”? o, más importante aún, ¿la conducta de dichas instituciones ha sido intachable en nuestro país?

Para abordar este extremo, procedamos con una breve explicación de aquello que se considera como corrupción y cómo esta ha repercutido en nuestra sociedad.

La corrupción “es la acción o inacción premeditada y con intención cognoscitiva, en virtud de la cual se instrumentaliza o manipula los medios de un sistema en beneficio propio, desnaturalizando sus fines en perjuicio de los otros, los ciudadanos, para cuyo servicio y beneficio fue ideado dicho sistema. En otras palabras, la corrupción es la

¹³ Página 28 de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil.

voluntad que persigue el propio bien, sacrificando el del otro u otros.” (CASTILLO 2001:79)

Al tratarse de un concepto complejo por definir, puede ser analizada desde distintas perspectivas¹⁴: i) vinculada al abuso de algún cargo público o al incumplimiento de normas jurídicas por parte de los responsables públicos; ii) vinculado al mercado, en tanto dichos actos se usan como un negocio en beneficio de un particular, iii) vinculado a la afectación de una colectividad, en beneficio de un grupo determinado (beneficio mutuo); o, incluso, iv) vinculada a la perspectiva histórica, como parte de la actividad regular del grupo y la percepción social del referido fenómeno.

Pues bien, lo cierto es que, más allá de la perspectiva que se aborde, la corrupción es uno de los principales problemas que enfrenta nuestro país, resultando un imperante obstáculo para el desarrollo económico, la lucha contra la desigualdad, el fortalecimiento de las instituciones y la legitimación de la democracia y del propio sistema político.¹⁵

De acuerdo con ello, debemos tener en consideración que “Si las instituciones son percibidas como corruptas, en el sentido de que beneficia a un sector en particular y no al interés general, renunciando su deber de hacer justicia y promoviendo la impunidad, serán vistas como ilegítimas socialmente, no serán respetadas y sus disposiciones no serán observadas por los ciudadanos. Asimismo, la corrupción menoscaba la capacidad de las instituciones volviéndolas ineficientes, desviando esfuerzos y recursos del logro de sus objetivos, e incluso pervirtiendo el sentido de las políticas para favorecer a ciertos grupos” (PANFICHI 2011:15)

Nuestra posición no se opone a ello, pues, aun cuando consideremos que la corrupción ciertamente es uno de los principales problemas para nuestra sociedad, se debe tener presente que las disposiciones que se planteen para enfrentar dicho problema, no debe

¹⁴ Manuel Villoria Mendieta nos presenta un exhaustivo análisis del concepto de corrupción desde la perspectiva de diferentes autores, tales como Bayley, Nye, Friedrich, Heidenheimer, entre otros. (2000: 23-27)

¹⁵ Aldo Panfichi y Mariana Alvarado, en el marco del Proyecto “Elecciones Perú 2011: centrando el debate electoral”, iniciativa del Consorcio de Investigación Económica y Social, nos presentan un análisis relacionado a la influencia de la corrupción en la gobernabilidad, y las respectivas propuestas de fortalecimiento de las instituciones estatales para enfrentar dicho problema. (2011)

traducirse en una limitación –y ciertamente menos en un impedimento- para la protección de los derechos de un grupo mediante un proceso colectivo.

En efecto, como hemos precisado en párrafos anteriores, la posición del legislador se dirige a apostar por las instituciones – esencialmente estatales- para la debida protección de los derechos de índole colectiva. Sin embargo, ello resulta contradictorio a la opinión de la propia sociedad. A continuación unas cifras que respaldan lo mencionado.

Iniciemos precisando que el escenario es bastante preocupante. Desde una perspectiva internacional, el Perú es uno de los países con mayores problemas de corrupción, ocupando el puesto 96 de 169, conforme al Índice de Percepciones de Corrupción del 2017, elaborado por la organización Transparency International¹⁶.

Por otro lado, desde la visión de los propios ciudadanos del país, la situación no es mejor. En efecto, de acuerdo a la Décima Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción, elaborada por Proética a finales del año 2017¹⁷, se han podido precisar las siguientes conclusiones: i) la corrupción es uno de los principales problemas del país y ha aumentado en los últimos años; ii) la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado, iii) los tres poderes del Estado (entre estos, el Poder Judicial), se encuentran entre los peor evaluados; asimismo, iv) las propias instituciones estatales son consideradas como las más corruptas: Congreso de la República, gobiernos regionales y municipales y la Fiscalía de la Nación o Ministerio Público.

Como bien se puede advertir, aquellas instituciones nacionales que son consideradas como las instituciones más corruptas de nuestro país, son aquellas que el Proyecto de Reforma considera como representantes adecuados para los procesos colectivos, en otras palabras, a quienes ha considerado como “filtros anticorrupción” idóneos para la defensa de intereses colectivos.

La contradicción es evidente. Sin embargo, ante el Proyecto de Reforma planteado nos preguntamos ¿el legislador consideró el escenario nacional? o ¿consideró que, pese a la

¹⁶ Véase: <https://gestion.pe/mundo/peru-paises-mas-corruptos-del-mundo-segun-transparencia-internacional-227786>

¹⁷ Véase: <https://www.proetica.org.pe/contenido/encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru/>

opinión pública, las referidas instituciones serán las más idóneas para evitar escenario de corrupción?

Asimismo, tomando en cuenta ello, ¿no resultaría posible que dichas instituciones interpongan demandas maliciosas o coludan con los demandados? Consideramos que sí; por lo que la justificación asumida en la Exposición de Motivos no me parece la más adecuada y, mucho menos, que resulte materialmente una limitación para la tramitación de los procesos colectivos.

Consideramos que si se pretende evitar los problemas de corrupción, tal y como lo presenta el Código Procesal Civil y su respectivo Proyecto, se deben atender primero los siguientes temas: i) articulación de las normas existentes, a fin de evitar las contradicciones respecto a los legitimados para iniciar procesos colectivos, ii) fortalecer el papel de las entidades estatales que participan en el trámite de los procesos colectivos (Poder Judicial, Ministerio Público, gobiernos regionales y municipales, entre otros), y , iii) consolidar una debida participación de los jueces.

Conforme a ello, en tanto se tengan previstos tanto el planteamiento como la adecuación de las propuestas previamente señaladas, debemos tener presente que una limitación expresa a nivel normativo de los ciudadanos, quienes cuentan también con intereses acordes al grupo y cumplan con los elementos básicos de la representatividad adecuada, no debió ser considerada en tales términos.

En efecto, como venimos precisando, nuestra realidad nacional ha demostrado que los “representantes adecuados” de acuerdo al Proyecto de Reforma son aquellos considerados también como las instituciones más corruptas, por lo que una justificación basada en prevenir la corrupción en este tipo de procesos colectivos, por lo menos debió precisar el por qué la participación de los particulares –no asociados- representa un impedimento para la debida tramitación de dichos procesos colectivos, aun cuando estos puedan cumplir con los requisitos de la representatividad adecuada.

De esta manera, sostenemos que la participación de los ciudadanos debería ser considerada en la legislación en las mismas condiciones que se regula a las instituciones -del estado – quienes se encuentran actualmente cuestionadas.

Asimismo, consideramos que el punto trascendental en el trámite de dichos procesos colectivos, debe estar dirigido al establecimiento de reglas claras respecto a la participación de los jueces, en tanto, a estos corresponde la verificación de los legitimados (siguiendo una *lista abierta* con participación ciudadana individual o una *lista cerrada* donde se limite dicha participación a instituciones) como representantes adecuados.

Es por ello que resulta tan importante que la legislación que se proponga no se traduzca en un impedimento en el adecuado devenir de causas colectivas, ni que demuestre que realmente no estamos preparados para asumir la defensa de dichos intereses. Así pues, tal y como nos lo presenta Nelson Ramírez, citando a citando a Roberto Berizonce y a Leandro Gianini, “Si la calidad y organización del sistema jurisdiccional de un país no puede garantizar que sus jueces controlen la representatividad adecuada de los litigantes colectivos, no exhibe, entonces, las condiciones suficientes para receptor en su seno a los procesos colectivos”. (2008)

Así, aun tratándose de particulares no asociados como el ciudadano, o, por el contrario, nos refiramos a instituciones –estatales-, el elemento clave está en la verificación de su adecuada representatividad.

V. CONCLUSIONES

La regulación peruana ha abordado de manera fraccionada y contradictoria el tema de legitimidad para obrar en los procesos de índole colectivo. Este problema, precisamente, se ha trasladado a un requisito que resulta esencial para la debida tutela de los intereses del grupo: la *representatividad adecuada*.

De acuerdo con el Código Procesal Civil actual y su respectivo Proyecto de Reforma, la representatividad será únicamente adecuada, siempre y cuando esta recaiga en las instituciones del Estado y asociaciones específicas; sin considerar, de esta manera, a los ciudadanos no asociados, debido a la existencia de un potencial acto de corrupción que puedan cometer en el trámite del proceso.

Consideramos que la representatividad no debe recaer únicamente en dichas instituciones, ya que una legislación planteada desde una concepción basada únicamente en un potencial daño (corrupción) claramente no se limita únicamente a las personas individuales.

Conforme a ello, la legislación que se proponga no debe considerar limitaciones que sean contrarias a la realidad de nuestro país, pretendiendo que instituciones consideradas como “corruptas” sean exhibidas como representantes adecuados; sino, mediante una propuesta legislativa abierta a la participación ciudadana no asociada, se otorgue la comprometida y activa intervención de los jueces en la verificación de aquellos legitimados en la defensa de intereses del grupo.

VI. **BIBLIOGRAFÍA**

- BERNALES INDACOCHEA, Gonzalo
2017 La tutela colectiva del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas: ¿Legitimación para obrar o representación procesal? Trabajo Académico para optar el grado de Segunda Especialidad en Derecho Procesal. Pontificia universidad Católica del Perú.
- CAMARGO ACOSTA, Johan S.
2010 Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas. Tomo I. Lima: Editorial Adrus S.R.L. pp. 379.
- CASTILLO RAFAEL, Carlos
2007 “La corrupción: Ese oscuro objeto del deseo.” En Brújula. Revista de ideas de la Asociación de Egresados y Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 8, No. 15.
- DIARIO GESTION

- 2018 *Perú entre los países más corruptos del mundo, según Transparencia Internacional*. Consulta el 13 octubre de 2018.
<https://gestion.pe/mundo/peru-paises-mas-corruptos-del-mundo-segun-transparencia-internacional-227786>
- GIANINI, Leandro
2006 “La representatividad adecuada en los procesos colectivos”, en VV.AA., *Procesos colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. Consulta el 09 de noviembre de 2018.
<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=698078116086093102083081107100082096030023066052042011074116103014072064004022106026016061018004029042019072114115070090095065027080023029039097064004127028028089019001081120072067007025091114087030115006075081009098115090018011099081026028116001104&EXT=pdf>
 - GIDI, Antonio
2011 *Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de Derecho Civil*. En *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 126, agosto.
2010 *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas. Tomo I*. Lima: Editorial Adrus S.R.L. pp368.
2004 *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México
 - GLAVE, Carlos
2017 “Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido procesal colectivo en el Perú”. En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*. Número 78, pp. 43-68.
 - GONZALES, Gabriel y otros
2004 ¡Pero si es más caro reclamar! La *class action*: una alternativa para solucionar conflictos de intereses con pretensiones de reducida cuantía. *Ius Et Veritas*. Año XIV No, 28

- PANFICHI, Aldo; ALVARADO, Mariana
2011 Corrupción y Gobernabilidad. Aportes para el Gobierno Peruano 2011-2016. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social – CIES.

- PROÉTICA
2017 *Novena Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción.*
Consulta 12 de octubre de 2018.
<https://www.proetica.org.pe/contenido/encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru/>

- PRIORI POSADA, Giovanni
2016 Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas. Tomo I.
Lima: Gaceta Jurídica S.A

- 2005 “Las class actions: apuntes metodológicos sobre un trabajo de investigación”. En Ius Et Veritas No. 29. Lima. pg 344.

- RAMIREZ JIMENEZ, Nelson
2008 “El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica”. En: XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima.

- VILLORIA MENDIETA, Manuel
2000 Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa. Madrid: Editorial Tecnos.

- ZANETI Jr. Hermes
2011 “La positivización de los derechos difusos y colectivos en la Constitución brasileña”. En Revista Jurídica del Perú. Tomo 126, agosto.