

LA PROTECCIÓN DE INTERESES COLECTIVOS Y DE GRUPO EN EL PROCESO CIVIL

(Metamorfosis del procedimiento civil) *

por Mauro CAPPELETTI

Profesor de la Facultad de Jurisprudencia,
Director del Instituto de Derecho comparado de Florencia.

Traducción directa del francés por Luis DORANTES TAMAYO

1. *Una revolución en curso en el Derecho judicial civil.* “La teoría de la acción en justicia —como lo ha escrito recientemente un ilustre procesalista francés— ha sido elaborada en el siglo XIX en una perspectiva liberal e individualista. Era normal entonces que la generalización de los agrupamientos de toda clase, que es la marca de nuestras economías modernas, arrastrase numerosos problemas de adaptación”.¹

No es necesariamente un revolucionario quien habría podido escribir estas frases. Y sin embargo ellas atestiguan que una metamorfosis profunda, y yo osaría decir una verdadera revolución, está en curso en el dominio del Derecho judicial civil.

En ese ensayo, me propongo examinar algunas de las causas político sociales y las principales manifestaciones jurídicas de esta revolución, que se presenta en todos los países modernos bajo aspectos variables y acentos diferentes, pero con una profunda unidad de caracteres.²

* Texto de la conferencia pronunciada el 14 de marzo de 1975, con ocasión de la Asamblea general de la Sociedad de legislación comparada.

¹ Roger PERROT, *La acción en justicia de los sindicatos profesionales, de las asociaciones y de los órdenes profesionales*, en “Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio Juridica”, X, Budapest, 1969, pp. 99-106; ver también Henry SOLUS y Roger PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, Paris, Sirey, 1961, p. 105.

² Para un estudio detallado de ciertos aspectos del tema tratado en esta comunicación, ver nuestro reporte general sobre *Le rôle du Ministère public dans le*

2. *La complejidad de las sociedades contemporáneas y la insuficiencia de una protección jurídica exclusivamente individual.* No es necesario ser sociólogo profesional para reconocer que nuestra sociedad (o, si queremos emplear la palabra ambiciosa: civilización) es una sociedad de producción, de intercambios y de consumo en masa, ciertamente también de conflictos en masa (en materia de trabajo, de relaciones entre clases sociales, entre razas, entre religiones, etcétera). De allí se sigue que aun las situaciones de la vida, que el Derecho debe reglamentar, se han vuelto más y más complejas. Al mismo tiempo, la protección jurisdiccional —la “justicia”— a su vez será invocada ya no solamente contra violaciones de carácter individual, sino también y cada vez más frecuentemente de carácter esencialmente colectivo, en el sentido de que conciernen especialmente a las agrupaciones, a las clases, a las colectividades. Se trata, en otros términos, de “violaciones en masa”.

En efecto, la complejidad de la sociedad moderna y el encabestramiento de las relaciones económicas engendran situaciones en las que actos particulares pueden atacar a los intereses de un gran número de personas y presentan, por este hecho, problemas que no han sido considerados en los litigios individuales. Así, falsas informaciones divulgadas por una sociedad por acciones pueden dañar a todos los compradores potenciales de estas acciones; la imposición por un gobierno local o nacional de una tasa ilegal puede causar daños a todos los ciudadanos sometidos a su jurisdicción; manejos de monopolio emprendidos por grandes sociedades pueden lesionar los intereses de todos los pequeños hombres de negocios concurrentes; un patrón, quien calcula según un falso libro de cuentas la indemnización de las horas suplementarias pagadas a sus empleados, los lesiona a todos; descargas arrojadas en un río dañan a los ribereños de abajo y a todos los que tienen el derecho de gozar de las aguas no contaminadas de este río; empaquetamientos defectuosos perjudican a los consumidores del artículo empaquetado, etcétera. El peligro de estos daños, que afectan simultáneamente a muchos individuos, constituye un fenómeno creciente y frecuente en las sociedades industriales. Las personas así lesionadas están frecuentemente en condiciones inadecuadas para obtener la protección jurisdiccional contra los perjuicios sufridos individualmente. Pueden inclusive ignorar sus derechos. Sus pretensiones individuales pueden ser demasiado mínimas. Además, el riesgo de incurrir en gastos excesivos ocasionados por el proceso puede ser desproporcionado en relación con el resarcimiento posible.

procès civil (El papel del Ministerio Público en el proceso civil) presentado en el IXo. Congreso internacional de Derecho comparado (Teherán, 4 de octubre de 1972), y publicado en el presente en el volumen M. CAPPELLETTI y J. A. JOLOWICZ, *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*, Milán y Dobbs Ferry, New York, Giuffrè y Oceana, 1975, p. 5 a 153.

Pensamos, especialmente, en otro fenómeno típico de nuestra época, un fenómeno que determina cotidianamente la calidad de nuestra vida y que podrá revelarse verdaderamente determinante para la supervivencia de la civilización humana: el megaló-urbanismo, la megalopoli que es ya una realidad de hoy, y la ecumenopoli, o ciudad universal, que se bosqueja en el horizonte de un mañana próximo.³ Analizando este fenómeno en un libro reciente, el historiador inglés Arnold Toynbee da una advertencia que podría revelarse ser una profecía:

“Este desarrollo... es una parte de un fenómeno que es mundial. En todos los continentes las megalopolis se fusionan para formar la ecumenopoli..., (que) va a abrazar, como su nombre lo indica, la superficie del globo con una sola estructura urbana.

“La cuestión abierta no es saber si la ecumenopoli va a existir; sino si su creador, el género humano, se va a volver su amo o su víctima. ¿Seremos capaces de convertir la inevitable ecumenopoli en una región tolerable para el género humano?”⁴

Y bien, parece claro que en el cuadro de estos nuevos, gigantescos fenómenos sociales, tan atrayentes como peligrosos si no son dominados a tiempo por el hombre, el Derecho, instrumento de organización de las sociedades, debe asumir tareas y tomar dimensiones desconocidas hasta ahora. Las actividades y las relaciones conciernen cada vez con más frecuencia a categorías enteras de individuos, y no a algunos individuos solamente. Los derechos y los deberes no se presentan más, como en los códigos tradicionales de inspiración individualista-liberal, como derechos y deberes esencialmente individuales, sino meta-individuales y colectivos. Este desarrollo, aparecido primero tímidamente y esporádicamente en ciertas legislaciones especiales —sobre todo a partir de las primeras leyes especiales en materia de relaciones de trabajo, hacia el fin del último siglo—, se ha generalizado progresivamente: a tal punto que hoy no hay ni constitución democrática moderna, ni declaración internacional de los derechos del hombre, que no proclame derechos y deberes “sociales” y “colectivos”, antaño ignorados o descuidados.

Especialmente, el derecho al medio ambiente y al respeto de la belleza de los monumentos, el derecho a la salud y a la seguridad social, el derecho a no ser aplastado por un desarrollo urbanista caótico, por una publicidad comercial mentirosa, por fraudes financieros, bancarios, alimentarios, o por discriminaciones sociales, religiosas o raciales, todos estos derechos

³ Sobre este fenómeno ver, por ej., las interesantes reflexiones de Arnold TOYNBEE, *Cities on the move*, Londres, Oxford University Press, 1970, y de Lewis MUMFORD, *The city in History*, 1961 Penguin, Books, 1966.

⁴ TOYNBEE, *op. cit. supra* nota 3, p. 196.

que de ahora en adelante encuentran lugar en todas las legislaciones más avanzadas, tienen un carácter "difuso". Pertenecen a la colectividad. Continuar, según la tradición individualista típica del siglo XIX, a relacionar estos derechos a individuos particulares exclusivamente —por ejemplo, al propietario vecino en la hipótesis de una construcción abusiva, o al adquirente personalmente víctima en caso de fraudes alimentarios cometidos a gran escala por el productor—, significaría hacer imposible una protección jurídica efectiva de estos derechos, precisamente en el momento en que aparecen como elementos cada vez más esenciales para la vida civil moderna. Ante la desfiguración, por ejemplo, de la espléndida colina de Florencia, en donde habito en la casa antigua que fue la del padre de Boccaccio, yo, ciudadano aislado, soy prácticamente impotente. El interés en juego es colectivo, y por tanto debe ser posible edificar tipos de protección nuevos, que no estén ligados exclusivamente al interés material y al capricho de la iniciativa individual. Es justamente la búsqueda de estos tipos de protección nuevos que, en mi opinión, está en vía de caracterizar profundamente la evolución del Derecho de la época contemporánea.

3. *Intereses "en busca de autor": la superación de la suma divisiva "público-privado", y el problema de la calidad para actuar por la defensa de intereses colectivos.* Los intereses colectivos, constituyendo una realidad innegable y agrandada de las sociedades de hoy, escapan sin embargo a definiciones precisas. Se sustraen a los esquemas tradicionales a los cuales nosotros los juristas, y en particular nosotros los procesalistas, hemos estado habituados.

Se trata, primero, de intereses, (si puedo expresarme con una fórmula tomada prestada a Pirandello) *en busca de autor*. ¿Quién puede hacerse el defensor y el protector de ellos? Especialmente, ¿quién tiene calidad (o, según la terminología anglo-americana: quien tiene *locus standi* o *standing*) para representarlos y defenderlos en justicia? Entonces se plantea el problema de saber si hay, y cuál es, la "parte legítima", a saber la parte que tiene calidad para actuar en un proceso concerniente a estos intereses.

Tradicionalmente, el problema de la calidad para actuar en el proceso civil ha sido resuelto sobre la base de una división clara entre lo que es "público" y lo que es "privado", en la que por público (del latín *populus*) se entiende lo que está reservado al "pueblo" o al Estado (*res publica*), en tanto que por privado se entiende lo que pertenece a la libre disponibilidad del individuo que es "titular" de ello.

Hemos estado habituados a razonar, *grosso modo*, en los términos siguientes:

a) El proceso civil pone en causa, en principio, situaciones de Derecho privado, individualistas; *ergo*, la parte que tiene calidad para actuar, o la "parte legítima", será precisamente el sujeto de Derecho privado que es (o

se afirma) titular, o representante del titular, de la situación jurídica llevada en justicia;⁵

b) En cambio, el proceso penal pone en causa un interés público, es decir del Estado; *ergo*, la parte que tiene calidad para actuar será una parte pública, que representará, precisamente, el interés del Estado. En realidad, en los países de influencia francesa, esta parte será normalmente el ministerio público.⁶ Es así que la idea del monopolio del ministerio público en el ejercicio de la acción penal se ha afirmado.⁷ Y aun cuando, excepcionalmente, se reconoce un elemento “público” en el proceso civil también —por ejemplo, en las acciones en materia de matrimonio o de estado de las personas—, se tiende a reconocer la calidad para actuar (o, al menos, para intervenir) al ministerio público, precisamente en tanto que representante del Estado que es el *titular* del Derecho público.

Tertium non datur. Entre “público” y “privado” hay un abismo profundo, un “*mighty cleavage*” como lo ha dicho un jurista inglés.⁸ Entre los dos términos de la *summa divisio* no se ven puntos de acuerdo: la dicotomía parece tener un carácter exclusivo, como un *aut aut* que no admite pluralismos.

Pero esta concepción, todavía arraigada profundamente en muchas normas, principios e instituciones procesales, se revela cada vez menos aceptable. La *summa divisio* parece superada irremediablemente por la realidad social de nuestra época, que es infinitamente más compleja, más articulada, más “sofisticada” que la simplista dicotomía tradicional. Nuestra época, ya lo hemos visto, empuja violentamente al primer plano de nuevos intereses “difusos”, de nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, son “colectivos” sin embargo: nadie es titular de ellos al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un grupo dado, de una clase o de una categoría, son los titulares de ellos. ¿A quién pertenece el aire que respiro? El antiguo ideal de la iniciativa procesal centralizada a la manera de un monopolio entre las manos

⁵ Cf., especialmente SOLUS & PERROT, *op. cit. supra* nota 1, p. 249; Código de procedimiento civil italiano, artículo 81. No es sino en casos completamente excepcionales, expresamente previstos por la ley, que se puede tener formas de “cualidad para actuar extraordinaria” o “anómala”, es decir, que una persona podrá actuar en justicia para la protección de un derecho ajeno, aun si no es la representante legítima del titular de la situación jurídica. Ver, por ej., P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche* (editado por M. CAPPELLETTI), IV, Nápoles, Morano, 1970, pp. 131-133, 477-481; SOLUS & PERROT, *op. cit.*, pp. 216, 252.

⁶ Cf., por ej., Luc BIHL, “*L'action syndicale des associations (La acción “sindical” de las asociaciones)*”, (donde se puede leer, entre otras cosas, que “el Estado, representado por el ministerio público, es la sola colectividad admitida por un Derecho penal profundamente arraigado en el individualismo”).

⁷ Cf. *id.*, pp. 525-526.

⁸ T. E. HOLLAND, citado por J. H. MERRYMAN, *The Civil Law tradition*, Stanford, Cal., Stanford University Press, 1969, p. 99.

del solo sujeto al cual “pertenece” el derecho subjetivo, se revela impotente ante derechos que pertenecen al mismo tiempo a todos y a nadie. Y sin embargo, es precisamente la lucha por estos derechos —la lucha, volviendo a tomar nuestro ejemplo, por el aire no contaminado— que expresa una de las exigencias máximas de los sistemas jurídicos contemporáneos. La negativa de la “justiciabilidad” de las situaciones jurídicas difusas o colectivas, negativa que los tribunales de numerosos países pronuncian demasiado frecuentemente todavía hoy,⁹ es la conclusión lógica y coherente de la premisa conceptual según la cual la acción mira a la defensa de un derecho *cuyo demandante es, o se pretende, titular*. Esta negativa es no obstante, al mismo tiempo, *una ofensa a las exigencias más vitales de la realidad contemporánea*.

4. *Insuficiencia de la solución que confiere la calidad para actuar a la parte directa y personalmente lesionada*. Derogando el rigor abstracto de la premisa conceptual, según la cual la protección jurisdiccional no sería acordada sino a la demanda del “titular” del derecho subjetivo llevado a entrecabrir, aunque lentamente, las puertas de la justicia a los intereses colectivos, o a algunos de entre ellos. Pero aun en este caso, la impronta de los viejos esquemas conceptuales no ha cesado de manifestarse.

En efecto, aun superando la tesis más conservadora, que deniega sin más ni más la “justiciabilidad” de los intereses colectivos, se ha sometido con frecuencia esta “justiciabilidad” a límites que reflejan todavía los esquemas de la dicotomía tradicional “público-privado”. Y así, se ha considerado como “parte legítima” que tiene calidad para actuar *ya sea el individuo lesionado directamente* por un acto nocivo a un interés colectivo, *en tanto que actúa para obtener la indemnización del daño, que él ha sufrido personalmente; ya sea el Estado y, en realidad, el ministerio público, en tanto que actúa en el interés de la colectividad*. Una y otra solución han sido propuestas y experimentadas frecuentemente; desgraciadamente, las dos revelan los vicios que dimanaban del carácter artificial e irreal de la *summa divisio* en la cual ellas quedan arraigadas.

Ante todo, la primera solución es insuficiente. El individuo “personalmente lesionado”, teniendo calidad para actuar *exclusivamente para la indemnización del daño que ha sufrido*, no está en estado de asegurar a sí mismo ni a la colectividad una protección adecuada contra la violación de intereses colectivos; no está en estado, sobre todo, de monopolizar esta protección, que reviste características completamente particulares y una importancia hasta ahora desconocida en la historia del Derecho. Tomemos el caso del consumidor que debe protegerse contra las violaciones cometidas en serie, “en cadena”, por una gran industria. El daño que sufre

⁹ Para algunos ejemplos recientes típicos ver nuestra *op. cit. supra* nota 2, p. 123, nota 340 (Alemania); Consejo de Estado, fallo del 14 de julio de 1972, n. 475 en “Foro Italiano”, 1972, III, col. 269 (Italia).

personalmente será, normalmente, demasiado insignificante para incitarlo a actuar contra un adversario tan poderoso. Y, en todo caso, la condena eventual, limitándose al daño sufrido por solamente una entre millares o millones de víctimas, estará desprovista de consecuencia eficaz, preventiva o represiva, contra el autor del daño y en provecho de la colectividad. Solo, el consumidor aislado no actúa. Si lo hace, es un héroe. Pero sólo si tiene calidad para actuar no simplemente para él, sino para el grupo entero del que es miembro, es como este “héroe” escapará al destino ridículo de un Don Quijote en lucha tan vana como patética contra los molinos de viento. Los héroes de hoy ya no son, he ahí, los caballeros errantes de la Edad Media, prestos a batirse solos en favor del débil o del inocente; sino son más bien unos Ralph Nader, unos Martin Luther King. Es decir que son los que saben *organizar sobre el plan de la lucha de grupo* la defensa de intereses difusos, colectivos, meta-individuales, llegando a plegar las tradicionales estructuras individualistas de protección —especialmente las estructuras judiciales— a nuevas necesidades, típicas de las sociedades “de masa” modernas.

5. *Insuficiencia también de la solución que confía la defensa de los intereses colectivos al ministerio público.* Volveré más tarde sobre esta necesidad de transformación profunda de las estructuras judiciales de protección. Es necesario agregar aquí que no menos que la primera, la segunda solución igualmente —a saber, la que consiste en confiar la defensa de los intereses colectivos al ministerio público (o a otras “partes públicas” análogas, tales como el *attorney general* en los países de *common law* o la *Prokouratoura* en los países socialistas)— se ha mostrado completamente inapropiada. “Concedámoslo —escribe un autor belga muy conocido, antiguo procurador general—, “es únicamente el hecho de la comunicación al ministerio público el que ha entrado en las costumbres; su pasividad en la defensa de los intereses colectivos asombra con frecuencia a los que la constantan”.¹⁰ Los autores franceses no son menos severos. “La experiencia ha demostrado suficientemente que... el ministerio público está inclinado muy a menudo a no actuar”, se lee en el Dalloz-Sirey de 1972, especialmente en lo que concierne a las ofensas de difamación racial.¹¹ Y en 1970, sobre el mismo glorioso periódico, otro autor escribía a propósito de las “ventas agresivas”: “el ministerio público... no está inclinado a ejercitar persecuciones de su propia autoridad en una materia tan extraña a

¹⁰ H. BEKAERT, *La mission du ministère public en Droit privé* (La misión del ministerio público en Derecho privado), en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, Bruselas y París, Bruylant y Sirey, 1963, pp. 419-441.

¹¹ J. FOULON-PIGANIOL, *La lutte contre le racisme* (La lucha contra el racismo), en “Recueil Dalloz Sirey, Chronique”, 1972, pp. 261-263; cf. *Reflexions sur la diffamation raciale* (Reflexiones sobre la difamación racial), *ibidem*, 1970, p. 133; “Nouvelles réflexions sur la diffamation raciale” (Nuevas reflexiones sobre la difamación racial), *ibidem*, 1970, p. 163.

las preocupaciones de la justicia tradicional".¹² Otros autores hacen las mismas reflexiones a propósito de la protección del consumidor y del medio ambiente.¹³ En Italia y en otros países, la doctrina más sensible llega a conclusiones todavía más negativas, si es posible.¹⁴

La ineptitud del ministerio público a hacerse el defensor, en el proceso civil así como en el proceso penal, de estos intereses colectivos nacientes, no puede asombrar. En realidad, toda la historia plurisecular de la Procuraduría es tal que excluye la posibilidad de su adaptación a esta nueva función extremadamente importante. De un lado, el ministerio público es demasiado semejante al juez —“por encima de la reyerta”—¹⁵ para ser apto, sobre el plano cultural y psicológico, a volverse al defensor dinámico de intereses (económicos, religiosos, raciales, etcétera) de grupos, de comunidades, de clases. Como lo declara el procurador general de Lyon, señor Jégu, el magistrado de la Procuraduría “no sabría ser el portavoz de una clase, de un grupo de ciudadanos o de intereses”.¹⁶

De otro lado, el ministerio público también está siempre demasiado ligado al Ejecutivo, para ser apto institucionalmente a erigirse en defensor

¹² J. CALAIS-AULOY, *Les ventes agressives* (Las ventas agresivas), en “Recueil Dalloz Sirey, Chronique”, 1970, pp. 37, 39. V. también M. L. RASSAT, *Le Ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, Pichon y Durand-Auzias, 1967, pp. 220-221: “se sabe... que el ministerio público se abstiene con frecuencia de perseguir infracciones que aportan una turbación ligera al orden público cuando la puesta en evidencia de sus elementos constitutivos es delicada. Es así en casi todas las infracciones a la legislación comercial y, en particular, a la reglamentación de las sociedades por acción que necesitan, para ser reveladas, dictámenes contables largos, complicados y costosos, de los que se prefiere dejar la carga a la parte lesionada”.

¹³ V. por ej., M. DESPAX, *La défense juridique de l'environnement* (La defensa jurídica del medio ambiente), en “La Semaine Juridique, Juris-Classeur périodique”, 44, 1970, I, n. 2359; BIHL, *op. cit. supra* nota 6, pp. 527-529.

¹⁴ Ver, por ej., V. VIGORITI, *The role of the “Ministère Public” in civil proceedings: Italy*, en *Associazione Italiana di Diritto Comparato, Rapports nationaux italiens au IXe. Congrès international de Droit comparé*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 269, 285, 287 y *passim*.

¹⁵ J. E. KRINGS, *Le rôle du ministère public dans le procès civil* (El papel del ministerio público en el proceso civil), en *Rapports belges au IXe. Congrès international de Droit comparé*, Bruselas, Establecimientos Wieme, 1974, pp. 139, 166.

¹⁶ J. JÉGU, *reporte francés sobre el tema El papel del Ministerio Público en el proceso civil*, en el IXo. Congreso internacional de Derecho comparado (*supra*, nota 2); v. también KRINGS, *op. cit. supra* nota 15, pp. 147, 165-166. La ineptitud de la Procuraduría en una *partisan advocacy* ha sido reconocida por la evolución histórica de la institución. Contrariamente a sus orígenes, el *Ministerio público*, por regla, no actúa como abogado del Estado o de otros establecimientos públicos; cuando éstos son partes en el proceso, lo mismo que todas las otras partes, deben estar representados por los abogados ordinarios (Francia, Alemania) o bien por un cuerpo especial de “abogados del Estado” que no tiene nada de común con el Ministerio Público (Italia, España, Austria). V. las referencias comparativas en CAPPELLETTI, *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 38-39, texto y notas 84185.

de intereses, constitucionales o de otra naturaleza, que con frecuencia tienen necesidad de ser protegidos contra los abusos perpetrados precisamente por órganos políticos o administrativos. Eso es tan verdadero que, cuando en el último siglo el "Estado de Derecho" ha querido introducir un sistema de control judicial de los actos de la administración pública —un acontecimiento de una importancia capital para la civilización jurídica, de la que Francia ha sido el gran pionero—, la iniciativa de este control ha sido confiada a particulares, no al ministerio público. Aunque en la justicia administrativa sea ante todo un interés público el que está en juego innegablemente, el motor del control jurisdiccional de la administración pública ha permanecido siendo el interés del particular lesionado por el acto administrativo ilegal. En suma, es la parte privada que actúa como una especie de *private attorney general*, de "ministerio público privado", para emplear una fórmula sobre la cual retornaremos.¹⁷

Además, el ministerio público es una institución jerárquica y de carrera. Eso significa, simplemente, que en esta institución se llega a los puestos de mando cuando se es de edad, después de haber vivido durante muchos años en un mundo más o menos aislado, como una "categoría social" aparte. Sin duda, aun los jueces —la "magistratura sentada"—, en Francia, así como en Alemania, en Italia y en general en la tradición de los países de *civil law*, hacen una "carrera" de función pública. Pero en tanto que, en la historia moderna y contemporánea, la autonomía orgánica y la independencia personal de los jueces se han acentuado progresivamente, se ha guardado en cambio una cierta relación de dependencia de la Procuraduría frente al Ejecutivo así como su organización jerárquica. De donde se sigue que, mientras no es raro ver al joven juez "rebelarse" en sus decisiones contra la jurisprudencia de las cortes superiores, en general esta forma de pluralismo falta en el seno de la "magistratura de pie". ¿Qué institución podría ser entonces menos apta que el ministerio público para volverse el defensor de ideas, de intereses, de necesidades nuevas y no tradicionales?

Hay en fin el hecho, muy importante, de la falta de especialización. El ministerio público, como el juez y el abogado, está especializado en un solo dominio: el Derecho. Como tal, estará, en principio, suficientemente equipado para perseguir los crímenes tradicionales, poco complejos y cuyo carácter es esencialmente individual, girando en torno de la "tríade" robo-rapiña-homicidio. Estará también suficientemente equipado para representar en el proceso civil ciertos intereses, asimismo tradicionales y fáciles de identificar, tales como los que conciernen a la unidad de la familia o a la integridad del estado de las personas. Pero en cambio estará muy mal equipado para la persecución penal de delitos menos tradicionales, que tienen un carácter esencialmente colectivo, mucho más complejos, más

¹⁷ V. † 12 in fine, *infra*.

difíciles de descubrir y de castigar: delitos económicos cometidos por bancos o sociedades por acciones en perjuicio de extensas categorías de pequeños ahorradores o accionistas; monopolios abusivos; poluciones industriales; construcciones ilícitas; fraudes alimentarios y publicitarios... Igualmente, el ministerio público estará mal equipado para defender y representar de manera apropiada intereses civiles que están ligados a estos mismos complejos fenómenos económicos, industriales, inmobiliarios. Esta representación y esta defensa implicaría, en efecto, conocimientos altamente especializados en materia contable, urbanista, ecológica, química, etcétera.

Las experiencias belga, francesa e italiana, por un lado, y las de los países de *common law* por el otro, son muy esclarecedoras. Desde 1881 en Bélgica, desde 1913 en Francia y desde 1942 en Italia, un *derecho de acción* general o, al menos, un *derecho de intervención*, ha sido reconocido al ministerio público todas las veces que nota un elemento importante de *orden público* o de *interés público* digno de protección.¹⁸ En lo que concierne a los países de *common law*, la idea de que el *attorney general* tiene calidad para incoar procesos civiles, o para intervenir en él, como representante de un *public interest* vagamente definido, es todavía más antigua.¹⁹ "Orden público" e "interés público" son, evidentemente, conceptos vagos y flexibles, tanto más cuanto que el ministerio público y el *attorney general* gozan de un amplio poder discrecional para su identificación en los casos completamente excepcionales que el ministerio público o el *attorney general*, usando sus poderes virtualmente muy extendidos, se ha puesto en campaña para defender intereses colectivos vueltos fundamentales en las sociedades modernas: la protección de las libertades fundamentales de las minorías étnicas, políticas, religiosas, la salvaguardia del ambiente, la protección del consumidor...²⁰ Dos leyes francesas recientes bastante significativas parecen reconocer abiertamente la insuficiencia del ministerio público como protector de este tipo de intereses. Me refiero a la "ley Royer" del 27 de diciembre de 1973 y a la ley del primero de julio de 1972 relativa a la lucha contra el racismo. Estas dos leyes han debido abrir las puertas de la justicia a las asociaciones privadas, para poder asegurar una protección eficaz, respectivamente del "interés colectivo de los consumidores"²¹ y del de las minorías raciales.²² Veremos dentro de poco que ha habido desarrollos análogos en muchos otros países.

¹⁸ V. las referencias en la *op. cit. supra* nota 2, pp. 43-46.

¹⁹ V. *op. cit. supra* nota 2, p. 69 y nota 170, y pp. 101-102 y notas 271-275.

²⁰ V. las referencias en la *op. cit. supra* nota 2, pp. 46-50 y notas 104-112 (Francia y Bélgica), pp. 51-53 y notas 113-20 (Italia), pp. 69 y nota 171, 71-73 texto y notas 179-84, y pp. 101-106 (países de Common Law).

²¹ Artículo 46 de la Ley No. 73-1193 del 27 de diciembre de 1973 "de orientación del comercio y del artesanado", ("ley Royer") ("... las asociaciones declaradas regularmente que tienen como objeto estatutario explícito la defensa de los intereses de los consumidores pueden, si han sido admitidas para este fin, ejercer ante todas

6. *Nuevas soluciones que se pueden desprender por la búsqueda comparativa.* Dos datos parecen entonces verificados definitivamente. Primero: para una protección eficaz de los intereses colectivos no es suficiente que la calidad para actuar sea reconocida al individuo *lesionado directa y personalmente*, quien actúa para la defensa de *su interés individual*. Segundo: es insuficiente igualmente afirmar la calidad para actuar del *representante oficial del interés público*, el ministerio público o el *attorney general*.

En efecto, el Derecho comparado ha puesto a la luz una nueva tendencia evolutiva, que arrastra, con variantes infinitas pero con una unidad de fines y una analogía de instrumentos, soluciones más apropiadas del problema que se impone a las sociedades de hoy. Estas soluciones se expresan esencialmente en los instrumentos jurídicos y procesales siguientes:

a) Creación de organismos públicos, en un cierto sentido análogos a la Procuraduría, *pero altamente especializados*, para la protección procesal de intereses colectivos determinados.

b) Extensión de la calidad para actuar aun a sujetos privados —individuos o asociaciones— *no lesionados personalmente*. Es la revolución del concepto de calidad para actuar.

c) Extensión de los poderes del juez, quien ya no se limita a decidir sobre la reparación del *daño sufrido* por el demandante, ni en general a tomar disposiciones que tienen un *efecto limitado a las partes* presentes en el proceso. Al contrario, el juez está habilitado a extender el dominio de su decisión de manera que comprenda el más grande daño *causado globalmente por el demandado*, y en general a tomar disposiciones que tengan también efecto en relación con "*partes ausentes*" o aun *erga omnes*. Es la revolución de los conceptos tradicionales de responsabilidad civil y de reparación del daño, así como del de la cosa juzgada y del principio del contradictorio.

Daré algunas ilustraciones de estas soluciones, sin dejar de indicar las principales dificultades prácticas que aquéllas imponen superar.

las jurisdicciones la acción civil relativamente a los hechos que acarrear un perjuicio directo o indirecto al interés colectivo de los consumidores. Un decreto fijará las condiciones en las cuales las asociaciones de defensa de los consumidores podrán ser admitidas según opinión del ministerio público, tenida cuenta de su representatividad en el plano nacional o local. La admisión no puede ser acordada más que a las asociaciones independientes de todas formas de actividades profesionales...").

²² Artículo 5-II de la Ley No. 72-546 del 1o. de julio de 1972 "relativa a la lucha contra el racismo" ("Toda asociación, regularmente declarada desde cinco años cuando menos a la fecha de los hechos, que se propone, por sus estatutos, combatir el racismo, puede ejercitar los derechos reconocidos a la parte civil en lo que concierne a las infracciones previstas por los artículos 24, último párrafo, 32, párr. 2 y 33 párr. 3 de la presente ley. Sin embargo, cuando la infracción haya sido cometida hacia personas consideradas individualmente, la asociación sólo será admitida en su acción si justifica haber recibido el acuerdo de estas personas").

7. *La solución que consiste en la creación de órganos públicos altamente especializados: ejemplos.* Un primer tipo de soluciones consiste entonces en la creación de organismos públicos altamente especializados, que puedan tomar en el proceso el lugar de un representante general del “interés público” o del “orden público”.

Los ejemplos ofrecidos por el Derecho comparado son muy numerosos. En efecto, en muchos países asistimos, desde hace años, a la proliferación de establecimientos públicos especializados, investidos (*inter alia*) del poder de incoar procesos civiles (o administrativos) en ciertas materias, o de intervenir en estos procesos. Es suficiente mencionar, entre los ejemplos más recientes:

a) La creación en Suecia, en 1970, de un “ombudsman de los consumidores”. El oficio se compone de veinticinco miembros: el *ombudsman*, su sustituto, y un equipo de juristas, de economistas y de expertos en problemas del mercado, etcétera. Entre otras, tiene como tarea incoar los procesos ante la nueva “Corte del mercado” en caso de abusos comerciales y publicitarios en detrimento de los consumidores.²³

b) La creación en Inglaterra, en 1973, de un *Director-General of Fair Trading*, encargado de iniciar los procesos ante la *Restrictive Practices Court* contra las prácticas de los monopolios que atacan al interés público.²⁴

c) La creación, siempre en Inglaterra, de un *Race Relations Board* que, en virtud del *Race Relations Act* de 1968, está encargado, entre otros, de intentar procesos civiles contra las discriminaciones raciales.²⁵

d) La creación en la India de un *Registrar for Restrictive Trade Agreements*, que en virtud de la *Indian Monopolies and Restrictive Trade Practices Act* de 1969, está encargado de actuar como “abogado del interés público”, promoviendo también procesos contra las prácticas comerciales abusivas.²⁶

e) La institución en Ghana, en 1974, de un *Environmental Protection Council* que tiene, entre otros, el poder de incoar procesos civiles para la protección del medio ambiente.²⁷

²³ V. *op. cit. supra* nota 2, pp. 97-99 y notas 260-267; entre las numerosas obras v. también, por ej., Ulf BERNITZ, *La protection des consommateurs en Suède et dans les pays nordiques* (La protección de los consumidores en Suecia y en los países nórdicos), en esta “Revue”, 1974, pp. 543, 556-559, 573-576 (v. *ibidem* la traducción francesa de las leyes suecas de 1970 y 1971 sobre la cuestión), y Hans STENBERG, *L'ombudsman suédois pour les consommateurs* (El ombudsman sueco para los consumidores, *ibidem*, pp. 577-581).

²⁴ *Op. cit. supra* nota 2, pp. 88-89, texto y nota 235.

²⁵ *Op. cit. supra* nota 2, p. 89, texto y nota 236.

²⁶ *Op. cit. supra* nota 2, p. 90, texto y nota 241.

²⁷ *Op. cit. supra* nota 2, p. 90, texto y nota 242.

Se trata, como lo pueden indicar estos ejemplos —escogidos casi al azar—, de un movimiento muy extendido, que cada vez más hace mancha de aceite en todas las partes del mundo. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, además de las numerosas *administrative agencies* ya establecidas desde hace mucho tiempo, tales como la *Food and Drug Administration*, la *Securities and Exchange Commission* y la *Federal Trade Commission*, el Congreso ha creado recientemente una *Environmental Protection Agency* y ahora está en vía de crear una *Consumer Protection Agency*, cuyo papel principal debería ser el de actuar, aun en justicia, como una especie de abogado (u *ombudsman*) de los consumidores.²⁸

8. *Insuficiencia aun de esta solución.* La creación de establecimientos públicos especializados como los que acabamos de indicar, representa ciertamente un progreso notable sobre el camino arduo de la realización de una protección eficaz de los intereses colectivos nacientes. Y se puede decir lo mismo de otra experiencia, igualmente verificable por ejemplo en los Estados Unidos de América, a saber la subdivisión de la oficina del *Attorney general* en numerosas secciones, algunas de las cuales especializadas en materia de *welfare*, de *antitrust*, de protección de los consumidores y del medio ambiente, de *civil rights*, etcétera.²⁹

Sin embargo, aun este tipo de solución es insuficiente. Aun estos establecimientos, o secciones especializadas tienden en efecto a tomar una psicología burocrática y una estructura jerárquica que a menudo hacen su acción lenta, rígida, demasiado centralizada. Ellos también carecen demasiado frecuentemente de esta agresividad, de esta imaginación y flexibilidad, que serían necesarias para una obra eficaz de contención, de prevención y de represión de estos tipos nuevos de abusos, sofisticados y complejos, que provienen con frecuencia de grandes centros de poder político o económico y que son extremadamente difíciles de identificar y de castigar. Es necesario agregar que la creación de estos establecimientos públicos especializados exige generalmente actos de carácter legislativo que son, a su vez, muy difíciles y lentos en intervenir y, una vez intervenidos, todavía más difíciles y lentos en ser modificados para adaptarse a las experiencias maduradas entre tanto y a las circunstancias nuevas. El riesgo es de terminar por tener establecimientos creados demasiado tarde, y adaptados demasiado tarde a las necesidades que se imponen poco a poco: establecimientos inútiles, costosos, que paralizan la vida económica y social. Aun en los países donde, como en los Estados Unidos de América, la experiencia —imponente desde la época del *New Deal*— ha sido en resumidas cuentas positiva, se han debido abandonar muchas ilusiones, y hoy se tiende a admitir que las *administrative agencies* han sido con fre-

²⁸ *Op. cit. supra* nota 2, p. 89, nota 238.

²⁹ *Op. cit. supra* nota 2, p. 87, texto y nota 228.

cuencia "capturadas", psicológica y políticamente, por estos mismos grupos de poder que ellas habrían debido controlar severamente.³⁰

En efecto, como lo ha probado recientemente un jurista alemán, Hein Kötz, entre los expertos occidentales, de Alemania a los Estados Unidos, se esparce cada vez más la convicción que aun los establecimientos públicos especializados no están en estado de asegurar solos una protección adecuada de los intereses colectivos económicos, sociales, del medio ambiente;³¹ y una de nuestras investigaciones recientes nos ha llevado a conclusiones análogas para otros países, entre ellos, Japón y la Unión Soviética.³² Aun la ciencia política moderna, por lo demás, tiende a reconocer que ciertos intereses colectivos, tales como la salud, la seguridad del tráfico, la protección de los consumidores y de la naturaleza, son demasiado "difusos" —los juristas alemanes hablan precisamente de "*breitgestreute Allgemeininteressen*"— para ser "resentidos" suficientemente y "tomados en serio" por los poderes públicos.³³ Como tuvo que decirlo Pietro Verri, el gran inspirador de Cesare Beccaria: "Los últimos que ven claro los intereses de la sociedad son por lo regular los que son pagados para verlos".³⁴

9. *Soluciones que consisten en cambiar las iniciativas privadas y los controles públicos: ejemplos.* Así se dibuja lo que la investigación comparativa parece indicar como el tipo de soluciones más eficaz para nuestro problema: es decir, un tipo de soluciones compuestas, articuladas, flexibles, las solas capaces de dar una respuesta adecuada a un problema tan complejo como el de la protección jurídica de los intereses colectivos nuevos. Estas soluciones compuestas consisten, esencialmente, en *conjugar* y completar la acción y el control de órganos públicos con la iniciativa de los particulares y de los agrupamientos privados directamente, o aun sólo indirectamente, interesados.

El ejemplo sueco del *ombudsman* de los consumidores es instructivo. El *ombudsman*, en efecto, no tiene el monopolio de la acción ante la "Corte

³⁰ V. las referencias en *op. cit. supra* nota 2, pp. 91-92, nota 244.

³¹ V. la documentación en Hein Kötz, *Klagen privater im öffentlichen Interesse* (ponencia presentada en el congreso de la Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Hamburgo, septiembre de 1973), pp. 16-17, y nota 26 y p. 25, 32 y nota 59 del manuscrito (en vías de publicación en la colección "Arbeiten zur Rechtsvergleichung").

³² *Op. cit. supra* nota 2, pp. 63-64, nota 158, y p. 92, y nota 245.

³³ "En un sistema de democracia pluralista, es difícil organizar de una manera eficaz y de hacer virulentos políticamente, intereses sociales difusos tales como la salud pública, la protección del medio ambiente, la seguridad del tráfico y la protección de los consumidores. Es por esta razón que estos intereses no son tomados demasiado en serio por los poderes públicos en su actividad cotidiana". Kötz, *op. cit. supra* nota 31, p. 32 y nota 60 del mns., con referencias bibliográficas.

³⁴ P. VERRI, *Pensées détachées*, publicado por primera vez según el manuscrito del autor en el vol. *Milano in Europa* editado por M. SCETTINI, Milán, Cino del Duca, 1963, p. 138.

del mercado”: aun asociaciones privadas de consumidores, de comerciantes o de asalariados están habilitados para actuar ante la corte.³⁵

Ejemplos reveladores provienen también de Francia. Recordaremos dos de ellos.

Primer ejemplo: hemos visto que la experiencia francesa demuestra que el ministerio público, siendo un instrumento eficaz para perseguir los crímenes tradicionales, de naturaleza esencialmente individual, es sin embargo menos apto para perseguir crímenes nuevos, de naturaleza esencialmente colectiva, tales como la publicidad mentirosa, los abusos en la venta de acciones, los fraudes alimentarios, las poluciones, las construcciones abusivas. Afortunadamente en Francia, contrariamente a Italia y a muchos otros países, el ministerio público no tiene un verdadero monopolio del ejercicio de la acción penal. En efecto, en Francia se admite, en ciertos límites, la posibilidad para un particular o para una agrupación privada de soltar la acción penal —aun sin, hasta contra, la voluntad de la Procuraduría— constituyéndose parte civil.³⁶ Se reconoce generalmente que esta posibilidad ha provocado resultados, en conjunto, positivos, especialmente en lo que concierne a la protección contra estos nuevos delitos colectivos, para cuya persecución el ministerio público es menos apropiado.³⁷ Y

³⁵ Artículo 6 de la ley de 1970 y artículo 3 de la ley de 1971, citadas *supra*, nota 23. Del artículo 7 de la ley de 1971 se desprende además una solución todavía más compuesta, puesto que se confía al ministerio público la tarea de introducir ante las cortes ordinarias “el procedimiento de imposición de un medio de apremio o una multa”. Se tiene así la combinación de esfuerzos y de órganos siguiente a fin de realizar una protección lo más completa posible: (a) El Ombudsman de los consumidores y (b) las asociaciones privadas mencionadas arriba, tienen calidad para actuar ante la Corte del mercado; (c) la Corte del mercado puede, entre otras cosas, prohibir ciertas actividades dañosas para los consumidores, bajo pena de “medio de apremio”; (d) a falta de ejecución de la orden de la Corte del mercado, el ministerio público comenzará el proceso para la imposición del medio de apremio o de la multa, pero solamente (e) “después de que el Ombudsman notifique a los consumidores”, o (f) después de notificación por no importa qué sujeto que haya actuado previamente ante la Corte del mercado.

³⁶ *Code de procédure pénale*, artículo 88; *cf.*, por ej., RASSAT, *op. cit. supra* nota 12, pp. 204, 233, 239. Muchas disposiciones tienden a prevenir abusos (v. por ej. los artículos 88 y 91 del Código). En España la situación es todavía más radical puesto que se admite la posibilidad para todo ciudadano privado, y no solamente para la víctima de la infracción, de ejercitar la acción penal. V. *op. cit. supra* nota 2, p. 84, nota 223. Algunos juristas franceses se quejan de la existencia de límites bastante graves, sobre todo en materia de construcciones abusivas, a la posibilidad de ejercitar la acción penal constituyéndose en parte civil. V. recientemente J.-P. GILLI, *Le contrôle juridictionnel du permis de construire: incertitudes et insuffisances* (El control jurisdiccional del permiso de construir: incertidumbres e insuficiencias), in *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le Droit public*, II, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, pp. 467-469.

³⁷ V. las referencias *supra*, §5, texto y notas 10-14; *adde*, por ej., Jacques AUDINET, *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations* (La pro-

es evidente que, a través de la protección penal y el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, se tendrá una protección represiva y preventiva eficaz a la vez en los aspectos penales y en los aspectos civiles de la reglamentación concerniente a los "intereses colectivos".

Segundo ejemplo francés: la "ley Royer" no se ha limitado a abrir las puertas de la justicia a las asociaciones de consumidores en caso de "hechos que llevan un perjuicio directo o indirecto al interés colectivo de los consumidores".³⁸ Ha instaurado también una serie de controles para prevenir los abusos posibles de este derecho colectivo de acción: y estos controles están confiados, en parte, precisamente al ministerio público.³⁹ He allí entonces otro caso interesante de combinación y de integración recíproca del "celo partidario de las agrupaciones privadas interesadas" con el equilibrio, el desprendimiento, la neutralidad de un funcionario público a medio camino entre el juez y la administración pública.

10. *Otros ejemplos de iniciativa privada para la protección de intereses colectivos: diferentes tipos de acciones populares y de acciones de asociaciones.* El análisis comparativo está entonces allí para mostrar la gama extensa de las posibilidades de utilizar (a menudo conjuntamente con la actividad de órganos públicos) el "celo" de los particulares —individuos o agrupaciones, aun no directamente interesados— para proteger los intereses colectivos. Ejemplos interesantes existen en cada país. Se trata, en gran parte, de experiencias y de instituciones nuevas y en vía de desarrollo rápido e irresistible. A las que ya he mencionado, siempre simplemente a título de ejemplo puedo agregar las experiencias siguientes, todas posteriores a la última guerra, todas caracterizadas por esta "revolución" del concepto de calidad para actuar, de la que ya he hablado. Helas aquí:

a) En Baviera, toda persona, física o jurídica, aun si no está directamente interesada, tiene calidad para actuar ante la Corte constitucional bávara contra actos legislativos de este *Land* que ataca a las libertades fundamentales (individuales y sociales) proclamadas por la Constitución bávara de 1946.⁴⁰ Se trata de una *actio popularis* o *Popularklage* para la protección de los derechos fundamentales del hombre. La decisión de la Corte, si declara la inconstitucionalidad del acto legislativo atacado, tendrá un efecto retroactivo y *erga omnes*.⁴¹

tección judicial de los fines perseguidos por las asociaciones), in "Revue trimestrielle de Droit civil", 53, 1955, pp. 211 y 229; y v. *op. cit. supra* nota 2, pp. 84-86.

³⁸ Artículo 46 de la "Ley Royer"; ver, *supra*, nota 21.

³⁹ Artículo 46, párrafo 2º, de la misma ley, citado *supra*, nota 21, según el cual se pide la "opinión" del ministerio público.

⁴⁰ V. C. LEUSSER, E. GERNER, K. SCHWEIGER, H. ZACHER, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 2e. éd., Munich, Beck, 1970, sub III, p. 42; M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 69-72.

⁴¹ *Op. ult. cit.*, p. 71 y nota 234, con referencias bibliográficas.

b) En los Estados Unidos, en virtud del *Clean Air Act* de 1970, no solamente el *Administrator* de la *Environmental Protection Agency* (un órgano público), sino también todo ciudadano privado, aunque no esté personalmente interesado, puede actuar contra los —particulares o establecimientos públicos— que causan poluciones de la atmósfera con violación de la ley federal de 1970.⁴² Se trata de una acción popular o *citizen action* para la defensa de la salubridad de la atmósfera.

c) En Suecia, además de un órgano público especializado,⁴³ igualmente particulares, aun si son lesionados sólo “indirectamente”, pueden actuar ante los tribunales para obtener una orden de cesación de las actividades nocivas al medio ambiente.⁴⁴

d) En Italia, una ley de 1967 da a “cualquiera” calidad para actuar contra autorizaciones de construcción inmobiliaria acordadas ilegalmente por las autoridades públicas.⁴⁵

e) En Alemania Federal, según una ley de 1909, modificada en 1965, no solamente los comerciantes y sus asociaciones, sino ahora aun las asociaciones de consumidores, tienen calidad para actuar contra actividades de concurrencia desleal, sin haber necesidad de probar un daño directo y personal.⁴⁶

f) En diferentes países, entre los cuales la India,⁴⁷ Italia⁴⁸ y Tanzania,⁴⁹ existen formas de acción popular en materia electoral.

Es necesario subrayar que, aunque todavía en un estadio embrionario, desarrollos semejantes pueden ser notados aun al nivel de ciertas organizaciones internacionales.⁵⁰

Además, en ciertos países, y sobre todo en la esfera de la *common law*, se han empleado para fines análogos aun instrumentos tradicionales, hasta antiguos, dándoles contenidos nuevos y una vitalidad nueva. Es el caso, especialmente, de las *relator actions*, y, todavía más, de las *class actions*, que voy a examinar ahora.

⁴² V., por ej., A. HOMBURGER, *Private suit in the public interest in the United States of America*, en “Buffalo Law Review”, 23, 1974, pp. 343, 394. En el caso en que ciudadanos privados han entablado la acción, el *Administrator* tiene el poder siempre de intervenir en el proceso. 42 U. S. Code § 1857h-2 (c) (2) (1970).

⁴³ Ley sueca para la protección del medio ambiente de 1969; v. *op. cit. supra* nota 2, p. 88, nota 233.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 88, nota 233, y p. 142 y nota 395.

⁴⁵ *Op. ult. cit.*, p. 142 y nota 396.

⁴⁶ *Op. ult. cit.*, pp. 142-143, y nota 397, y p. 144, nota 402.

⁴⁷ *Op. ult. cit.*, p. 143 y nota 399.

⁴⁸ *Op. ult. cit.*, p. 143, y nota 398.

⁴⁹ *Op. ult. cit.*, p. 143, y nota 400.

⁵⁰ Cf., en particular, *Council of Europe. Consultative Assembly, Parliamentary Conference on Human Rights. Vienna 18-20 october 1971*, Strasbourg (sin indicación de editor), 1972, pp. 27, 66-67, 83; y v. *op. cit. supra* nota 2, p. 143, y nota 401.

11. *Relator actions y class actions.* Las *relator actions*, cuyo empleo es bastante frecuente en Inglaterra, en Australia⁵¹ y en algunos otros países de *common law* (pero raramente utilizadas en los Estados Unidos de América), representan otro ejemplo interesante de combinación del control público con la iniciativa privada. Ya he mencionado el hecho de que, en teoría, existen vastas posibilidades para el *attorney general* de promover o de intervenir en procesos civiles en los cuales reconoce un *public interest*. De hecho, sin embargo, el empleo de estos poderes es raro, y el papel llenado por el *attorney general* en el dominio de la justicia civil es todavía más modesto que el del ministerio público en Francia y en otros países de *civil law*, con la sola exclusión posible de la Alemania Federal.⁵² Se admite no obstante que, en caso de inercia de parte del *attorney general*, un particular o una asociación privada,⁵³ no teniendo, *per se*, calidad para actuar, puede actuar en nombre, y con la autorización (“*fiat*”) y el control continuado (en verdad con frecuencia más potencial que real), del *attorney general*. Los ejemplos más frecuentes se manifiestan, precisamente, en casos de “*public nuisance*”, en las que una colectividad entera sufre un disgusto⁵⁴ o un daño a su salud⁵⁵ a causa de las actividades ajenas, lo mismo que en casos de construcciones abusivas,⁵⁶ etcétera. Los efectos de la decisión del juez deberán beneficiar a toda la colectividad, y no solamente al demandante o *relator suitor*.⁵⁷

En cuanto a las *class actions*, es bien sabido que su importancia, sobre todo en los Estados Unidos de América, se ha vuelto muy grande. Se trata igualmente aquí, como para las *relator actions*, de una institución tradicional, derivada de la *equity*⁵⁸ pero que se ha desarrollado enormemente en el curso de los últimos años, precisamente por razón de la necesidad acrecentada de una protección flexible y eficaz de los intereses de grupo contra los abusos de la “civilización de masa”.

A diferencia de las *relator actions*, en las *class actions* el demandante o *class suitor* no tiene necesidad de una autorización de parte del *attorney general* o de otro órgano oficial: hay controles, pero son ejercitados esencialmente por el juez. El juez deberá asegurarse, especialmente, que el demandante es miembro de una “clase” de personas cuyo interés es llevado a justicia, y que actúa, precisamente, en el interés de esta misma

⁵¹ V.S.A. De SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, 2a. ed., Londres, Stevens & Sons, 1968, pp. 450, 464-466, 471; ver también otras referencias en *op. cit. supra* nota 2, pp. 102-104, y notas 276-87.

⁵² V. las referencias en *op. cit. supra* nota 2, p. 46, y nota 103.

⁵³ *Op. ult. cit.*, p. 114, y nota 314.

⁵⁴ *Op. ult. cit.*, p. 103, y nota 281.

⁵⁵ *Op. ult. cit.*, p. 104, y nota 286.

⁵⁶ *Op. ult. cit.*, p. 104, y nota 284.

⁵⁷ *Op. ult. cit.*, p. 104, y nota 287.

⁵⁸ Ver, por ej., HOMBURGER, *op. cit. supra* nota 42, p. 347

clase, siendo su “representante adecuado”, no habiendo sido investido formalmente de esta representación. En presencia de estas condiciones, los efectos de la decisión podrán valer para todos los miembros de la clase, aun si están ausentes de la instancia. Se sabe que, en ciertas “acciones de clase”, un particular o una asociación ha actuado en representación aun de millones de personas con frecuencia ni siquiera identificables, para hacer valer los derechos colectivos más variados: *civil rights* (por ejemplo, acciones de clase contra discriminaciones raciales en materia de empleo, de educación, de alojamiento) derechos concernientes al medio ambiente, derechos de los consumidores o de pequeños accionistas, etcétera.

Es evidente, todavía una vez más, que ante estas instituciones, nuevas o renovadas, las viejas reglas y estructuras procesales en materia de calidad y de interés para actuar, de representación y de sustitución procesal, de citación y en general de derecho al contradictorio, de límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada, caen como castillos de naipes. Estas reglas y estas estructuras, contempladas para un proceso civil de contenido individualista —la reglamentación de los límites entre dos propietarios, la restitución de una suma de parte del deudor a su acreedor, la indemnización de un daño sufrido personalmente— revelan su inconsecuencia impotente ante fenómenos jurídicos colectivos, tales como los que se producen cada vez más frecuentemente en la realidad social y económica de hoy.

12. *El nuevo papel de los “cuerpos intermediarios”, y el nacimiento de la “parte ideológica”.* Que en esta realidad nueva las asociaciones espontáneas, los “cuerpos intermediarios”, deben emerger con tareas nuevas y cada vez más importantes, era inevitable. En efecto, en las *relator actions*, en las *class actions*, en las acciones populares y colectivas de las que acabo de dar numerosos ejemplos, con bastante frecuencia el que actúa no es un individuo aislado, sino una asociación para la protección de los *civil rights*, una asociación de consumidores, amigos de la naturaleza, pequeños ahorradores. . . He aquí otro fenómeno social creciente, cuyas consecuencias en el proceso civil (y administrativo) son ya, y serán cada vez más, profundas.

Aquí la impronta del pasado es no obstante, si es posible, todavía más tenaz.

Era necesario superar, ante todo, la aversión profunda de la nueva sociedad liberal y burguesa, surgida de la gran Revolución francesa, contra todas las formas de “cuerpos intermediarios”, una aversión justificada por el hecho de que, bajo el antiguo régimen, los cuerpos intermediarios habían constituido la estructura soporte del feudalismo. Como lo ha expresado muy justamente Max Rheinstein:

“Con el iluminismo del siglo xviii, la visión individualista de la sociedad comenzó a ser dominante. En la Revolución francesa la nueva ideología se volvió oficial. La nación debía ser *una e indivisible*. Según la nueva

concepción, ahora el Estado debía estar compuesto por ciudadanos individuales. Las agrupaciones intermediarias de las mansiones, de los concejos, de los dominios, de las provincias fueron barridas; los municipios se volvieron subdivisiones del gobierno estatal. (Solamente) una agrupación intermediaria entre el Estado y los ciudadanos particulares, fue dejada intacta: la familia.”⁵⁹

El principio de la superación de la aversión contra los cuerpos intermediarios aparece ya en el último siglo, sobre todo con el refuerzo del movimiento sindicalista obrero. El individuo aislado se esfuerza, todavía una vez más, en unirse, esta vez para “romper las cadenas” de su debilidad ante el poder industrial. En Francia, por ejemplo, la licitud de los sindicatos de los trabajadores será consagrada desde 1884.⁶⁰ Pero no es sino en una época mucho más reciente que “sociedades intermediarias” nuevas comenzaron a emerger y a proliferar.⁶¹ Nuevas agrupaciones, nuevas “clases” de individuos vueltos conscientes de su comunidad de intereses y de necesidades, y del hecho de que no es sino uniéndose que pueden superar su debilidad, han comenzado a unirse para defenderse contra las nuevas opresiones de nuestra época: la tiranía de las mayorías; la tiranía de la moderna *corporate society*; la laxitud o la corrupción de los burócratas; el egoísmo ciego de los que causan la polución... Naturalmente, abusos nuevos, tiranías nuevas pueden brotar a su vez de estas transformaciones imponentes. Los sindicatos, los partidos políticos, las sociedades comerciales nacionales y multinacionales, pueden transformarse a su vez en centros de poder y de opresión temibles para los asociados y para los terceros.⁶² Y aun al nivel de las asociaciones inferiores, se conocen por ejemplo

⁵⁹ M. RHEINSTEIN, *The Family and the Law*, en M. RHEINSTEIN & R. KÖNIG, capítulo 1: “Introducción” en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV: *Persons and Family* (A. CHLOROS, ed.), Tubinga y La Haya, Mohr y Mouton, 1974, p. 13. Ver J. DE SOTO, *L'individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'Etat* (El individualismo en la jurisprudencia del Consejo de Estado), en *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le Droit public*, II, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, pp. 759, 771: “(...) tradicionalmente el derecho francés mira a las agrupaciones con desconfianza: la vieja exacración de Rousseau con respecto a los cuerpos intermediarios que perturban las relaciones entre el soberano y los ciudadanos e impiden la formación de la voluntad general se une al temor del Estado de ver a las agrupaciones competir con sus actividades y crear feudalismos nuevos. La regla “nadie litiga por procurador” es una manifestación, entre otras, de esta desconfianza”. Ver también, por ej. Henry DUPEYRON, *L'action collective* (La acción colectiva), en *Recueil Dalloz* 1952. *Chroniques*, pp. 153, 155; BIHL, *op. cit. supra* nota 6, p. 525.

⁶⁰ V., por ej., SOLUS & PERROT, *op. cit. supra* nota 1, p. 23.

⁶¹ V., por ej., BIHL, *op. cit. supra* nota 6, pp. 523, 525-526.

⁶² Entre los numerosos escritos en la materia, recordaré por ej. la obra de Stanislaw EHRLICH, *Le pouvoir et les groupes de pression*, París y La Haya, Mouton, 1971, también para las numerosas referencias que están contenidas allí. Cf. también AUDINET, *op. cit. supra* nota 37, p. 236.

los abusos perpetrados por ciertas asociaciones de consumidores, que actúan más para intereses egoístas, hasta de chantaje, que para intereses valederos y reales de la colectividad.⁶³

Es por eso que el gran movimiento que apunta a reconocer a las “sociedades intermediarias” su propia capacidad de acción jurídica —tanto en el dominio del Derecho sustancial que en el Derecho procesal—, debía acompañarse de un movimiento simultáneo de freno, de límite, de control. En las *relator actions*, por ejemplo, el control es ejercido, como se ha visto, por el *attorney general*; en las *class actions*, por el juez; en las acciones de las asociaciones de consumidores en Francia, por el ministerio público mismo. . . He aquí entonces, todavía una vez más, resurgida a la superficie esta necesidad de una combinación de fuerzas articuladas, flexible, pluralista —de pesos y de contra-pesos, de poderes y de controles— que, en nuestro análisis, es la verdadera lección del Derecho comparado.

Y sin embargo, el gran movimiento está en curso, cada vez más extendido. En el dominio procesal, hay siempre nuevas sociedades intermediarias que conquisten, poco a poco, la calidad para actuar en justicia no solamente para la defensa de *sus propios* intereses directos y personales (por ejemplo, para la protección de sus bienes patrimoniales), sino también para la defensa de los intereses *colectivos* del grupo o de la categoría que representan ideológicamente. El ejemplo francés es, todavía una vez más, muy instructivo. En un famoso fallo, la Corte de Casación reconoció ya en 1913 la calidad para actuar a los sindicatos profesionales, y el legislador confirmó en 1920 esta importante evolución jurisprudencial.⁶⁴ Es todavía la Corte de Casación, con una serie de fallos pronunciados desde 1918, la que afirmó la calidad para actuar de las “asociaciones de defensa”.⁶⁵ Finalmente, las dos leyes ya mencionadas de 1972 y 1973 han acordado, con ciertos límites y controles, respectivamente a las asociaciones para la lucha contra el racismo y a las asociaciones de consumidores, el derecho de actuar en justicia para la defensa del interés colectivo de los grupos que ellas representan idealmente.⁶⁶

⁶³ Para algunos ejemplos sorprendentes, v. N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milán, Giuffrè, 1974, p. 214.

⁶⁴ V. SOLUS & PERROT, *op. cit. supra* nota 1, pp. 225-226; JEAN VINCENT, *Procédure civile*, 17a. ed., París, Dalloz, 1974, p. 43; ROBERT VOUIN, *De la recevabilité de l'action "syndicale" des associations* (De la receptividad de la acción “sindical” de las asociaciones) en “La Semaine Juridique” 1955, I (Doctrina), 1207: AUDINET, *op. cit. supra* nota 59, pp. 153-154; BIHL, *op. cit. supra* nota 6, p. 524.

⁶⁵ V. todavía SOLUS & PERROT, *op. cit. supra* nota 1, pp. 236-237; AUDINET, *op. cit. supra* nota 37, pp. 220-221.

⁶⁶ V. *supra*, texto y notas 21-22. Según la ley del 12 de marzo de 1920 citada (*supra*, texto y nota 64), en los años 40 algunas otras leyes se habían orientado ya en este sentido, autorizando en ciertas materias la “acción colectiva” de algunas

En otros numerosos países, el movimiento reviste formas diferentes, pero los fines, los contenidos y los resultados permanecen, al menos en parte, análogos. En Alemania,⁶⁷ especialmente, así como en Japón,⁶⁸ se admite la posibilidad de una sustitución procesal voluntaria (“*gewillkürte Prozesstandschaft*”).⁶⁹ Se trata de la posibilidad para el titular de un derecho sustancial de transferir a un tercero el poder de actuar en justicia para la defensa de este derecho: posibilidad que, al contrario, todavía es excluido normalmente en Italia⁷⁰ y, si no me equivoco, en Francia también.⁷¹ De este modo, se da la posibilidad, por ejemplo, a los miembros de una asociación alemana de transferir a la asociación misma el derecho de acción para la defensa de sus intereses:⁷² se habla, en efecto, de “acción asociativa” o *Verbandsklage*. Por lo que concierne a Italia, de la que es necesario lamentar el retardo en el gran movimiento internacional que estamos examinando, se puede señalar sin embargo un importante desarrollo reciente, precursor quizás de transformaciones radicales, transformaciones ya realizadas además desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia más bien liberal del Consejo de Estado francés. En 1937, el Consejo de Estado italiano, en un fallo resonante, reconoció a una asociación privada, teniendo como finalidad la salvaguardia de las bellezas naturales del país, el derecho de actuar contra un acto administrativo que había autorizado la construcción de un camino en un parque.⁷³ Así, la Corte Suprema administrativa abandonó finalmente una jurisprudencia consolidada, según la cual

asociaciones (asociaciones de caza, ligas antialcohólicas, asociaciones familiares); v. BIHL, *op. cit. supra* nota 6, p. 524.

⁶⁷ V. las referencias en *op. cit. supra* nota 2, pp. 110-111, nota 305.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Es interesante recordar aquí lo que se ha llamado “una construcción pretoriana *contra legem*” (W. J. HABSCHEID; v. *op. cit. supra* nota 2, pp. 120-121, nota 329). Contrariamente a la regla según la cual en Alemania, así como en Francia, v. SOLUS & FERROT, *op. cit. supra* nota 1, pp. 266-267, las asociaciones no declaradas, aun si pueden ser demandadas en justicia (capacidad pasiva), no tienen el poder de actuar (capacidad activa), la Corte federal alemana ha reconocido el poder de actuar en justicia a los sindicatos y a los partidos políticos, aun si se trata especialmente, de organismos no reconocidos, y en consecuencia desprovistos de personalidad jurídica.

⁷⁰ Cód. proc. civ., artículo 77 y 81. V., por ej., M. CAPPELLETTI & J. M. PERILLO, *Civil procedure in Italy*, La Haya, Nijhoff, 1965, pp. 123-124.

⁷¹ Ver una interesante y significativa excepción a esta regla en el artículo 31 del Código del trabajo, libro 1, que da a los sindicatos el poder de actuar en justicia en favor de sus miembros para defenderlos contra las violaciones de las convenciones colectivas de trabajo. Una situación análoga existe en Bélgica; v. Jacques Van COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruselas, Larcier, 1972, pp. 114-115.

⁷² *Op. cit. supra* nota 2, pp. 110-111, nota 305.

⁷³ Consejo de Estado, fallo del 9 de marzo de 1973, n. 253, en “Foro italiano”, 1974, III, col. 33 (nota L. ZANUTTIGH).

la calidad para actuar pertenece solamente al sujeto que hace valer en justicia *su propio interés personal*.⁷⁴

Es en fallos como éste que estallan, evidentemente, los viejos esquemas dogmáticos. La “parte legítima” ya no es solamente el titular del derecho o del interés legítimo que se hace valer en justicia, o el sujeto directa y personalmente lesionado, sino también el particular —individuo o agrupación espontánea— que actúa *para el bien colectivo*. En suma, emerge aquí lo que mi antiguo colega de Harvard, Louis Jaffe, definió en 1968 en un artículo muy conocido, como el *demandante ideológico* —*ideological plaintiff*—⁷⁵ pero que podría ser definido también, según una fórmula empleada en 1943 por el gran juez americano, Jerome Frank, el *ministerio público privado*, el “*private attorney general*”.⁷⁶ En efecto, en este caso el particular, individuo o agrupación, es empujado a actuar no solamente en su interés egoísta, sino también en un interés comunitario; y, en todo caso, su acción está destinada a tener una significación que sobrepasa las partes en el proceso, y se extiende, en potencia, a todos los miembros de una colectividad más o menos determinada. El “*Kampf ums Recht*” ya no es la lucha solitaria por el derecho subjetivo de un individuo contra la violencia cometida por otro individuo, sino más bien la lucha de clases y de categorías, de las que la parte en justicia no es sino el portavoz o defensor ocasional, aun si es calificado precisamente, el *representante ideológico*.

13. *Los poderes del juez en las acciones colectivas, y los efectos del juicio: decisiones del juez que tienen efecto ultra partes, y reparación del daño causado al conjunto de la colectividad en lugar del solo daño sufrido por la parte.* Me he detenido sobre el aspecto, por así decir, subjetivo, de lo que me parece ser una metamorfosis profunda en curso en el Derecho judicial civil: a saber, la aparición de la parte colectiva o ideológica, al lado de la parte individual o tradicional. Pero otros aspectos de este mismo fenómeno requeriría un análisis minucioso, si el tiempo limitado no me lo prohibiese. Será suficiente aquí hacer alguna alusión a otros dos problemas, que en nuestro dominio toman una importancia excepcional: a saber, el problema de los *poderes del juez* y el de las *garantías procesales de las partes*:

⁷⁴ V., también para las referencias comparativas, *op. cit. supra* nota 2, pp. 123-124. Es necesario reconocer que el fallo mencionado en el texto, de tal manera innovador (al menos virtualmente) en Italia, responde por el contrario a una evolución ya acabada en Francia. V. las numerosas referencias en la nueva edición de la obra de J.-M. AUBY & R. DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, t. II, especialmente nos. 1040 y 1042.

⁷⁵ L. L. JAFFE, *The citizen as litigant in public actions: The non-hohfeldian or ideological plaintiff*, en “*University of Pennsylvania Law Review*”, 116, 1968, pp. 1033-1047.

⁷⁶ *Associated Industries v. Ickes*, 134 F. 2d 694, 704 (2d Cir. 1943).

a) Era inevitable que la concepción privatista tradicional del proceso civil se reflejase también sobre los tipos de remedios y de sanciones confiados al poder del juez, y en general sobre los efectos de las disposiciones judiciales. De un lado, según esta concepción, la sola tarea del juez es reintegrar la parte en justicia en el goce de su propio derecho; del otro, los efectos de la decisión deben extenderse también a los sujetos no presentes

Pero en el caso de acciones para la protección de intereses colectivos (que, por brevedad, podrían ser llamadas "acciones colectivas",⁷⁷ estos esquemas son evidentemente inapropiados. La parte no actúa solamente para ella misma, sino para la colectividad: es la colectividad entera que debe ser reintegrada en el goce de su "derecho colectivo"; y por tanto los efectos de la decisión deben extenderse también a los sujetos no presentes en la instancia. Hemos visto, en efecto, que en ciertos tipos de acciones colectivas la decisión tiende aun a tener un efecto *erga omnes*.⁷⁸

Lo que la experiencia comparativa pone a la luz en este dominio, es un dato que, me parece, puede ser sintetizado, con una cierta simplificación, de la manera siguiente: por un lado, el juez debe ser autorizado para utilizar una vasta gama de disposiciones, sobre todo los *mandamientos de hacer y de no hacer, provistos de sanciones adecuadas* en caso de incumplimiento, y teniendo por su naturaleza un efecto *erga omnes*; por el otro lado, aun en el dominio más tradicional de la reparación del daño, no se debe ya considerar solamente el *daño sufrido* por la parte presente en la instancia, sino el *daño causado por el demandado en su conjunto* (a la colectividad entera). En efecto, si el juez debía, por ejemplo, limitarse a condenar a la industria autora de la polución a indemnizar solamente el daño sufrido por algún demandante aislado, esta condenación tendría raramente un efecto determinante: normalmente el autor de la polución mantendría su comportamiento tranquilamente, porque el daño a indemnizar al demandante aislado sería de todos modos muy inferior a los gastos necesarios para evitar este comportamiento. Sería necesario entonces abandonar una concepción puramente privatista del daño reparable, para adoptar en cambio una concepción nueva, que tiene, en cierto sentido, una impronta casi penalista.⁷⁹

⁷⁷ Esta terminología es empleada por ej. por DUPEYRON, *op. cit. supra* nota 59, pp. 153-156.

⁷⁸ "No se puede negar que el axioma del derecho individualista: *res inter alios iudicata alteri non nocet nec prodest*, es incompatible con la protección jurisdiccional de derechos o de intereses colectivos". Así, escribía al principio del siglo, un eminente jurista italiano, L. MORTARA, *Per la riforma della legge sui probiviri*, en "Giurisprudenza italiana", 56, 1904, IV, col. 25, 32. V. ahora U. ROMAGNOLI, *Aspetti processuali dell' art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, en "Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile, Atti del IX Convegno Nazionale", Milán, Giuffrè, 1974, pp. 175, 192.

⁷⁹ "En el caso de la acción colectiva... la "reparación" debida a esta lesión (del interés colectivo) es ella misma, al menos para la mayor parte, extraña a la

Apenas es necesario decir que, como sucede con toda transformación, aquí también problemas nuevos nacerán. Si, por ejemplo, a petición del “demandante ideológico” el juez condena al demandado a reembolsar el daño sufrido por centenas, millares, hasta millones de miembros de una colectividad, idealmente representada por este demandante, graves problemas se plantearán con motivo de la identificación de estas centenas, millares o millones de personas, de la repartición entre ellas de lo que se ha cobrado, en fin del empleo que será dado al resto eventual no reclamado por los miembros de la colectividad. La jurisprudencia norte-americana ha hablado, a este respecto, de un *fluid recovery*, “resarcimiento fluido”, que se puede emplear, eventualmente, aun para fines *diferentes* de (pero *ligados* con) el interés colectivo protegido en justicia: por ejemplo, para fines generales de defensa del medio ambiente. Se trata, evidentemente, de construcciones jurídicas nuevas y audaces, propias para escandalizar, aun en los Estados Unidos) a los espíritus de buenos principios. ¡Me pregunto, además, si no es todavía mucho más escandaloso rehusar el acceso a la justicia a las necesidades colectivas nuevas! Un caso americano recientemente decidido —y, desgraciadamente, en mi opinión mal resuelto— por la Corte Suprema americana es significativo.⁸⁰ Un tal señor Eisen había sufrido un daño de setenta dólares del hecho de la conducta ilícita de ciertos agentes de bolsa. Estos mismos agentes en el curso de algunos años habían lesionado igualmente, por sumas de algunos dólares, alrededor de seis millones de personas, de las que 2 250 000 eran fácilmente identificables por su nombre y su domicilio. Si cada una de las víctimas había debido actuar en justicia por su propia cuenta, demandando solamente la reparación del daño personalmente sufrido, el resultado práctico habría sido que nadie en realidad habría actuado, y la conducta ilícita habría quedado privada de sanción. Evidentemente se llega a conclusiones muy diferentes admitiendo en tales casos la acción de clase, con la posibilidad, en

noción de un daño sufrido. Deriva entonces necesariamente de otro principio y obedece a otras reglas de medida que proceden menos de la idea de reparación que de las ideas de prevención y de represión. . . La acción colectiva deroga las reglas del Derecho privado y procede de una naturaleza propia que la emparenta a la acción pública. Es una acción. . . “cuasi-pública”. Se presenta como auxiliar del ministerio público con ocasión de delitos que alcanzan más directamente a ciertos intereses colectivos que al interés general de la sociedad y se adapta a ellos más estrechamente que la acción de la procuraduría. Pone a la disposición de los sindicatos y de las agrupaciones interesados un instrumento que les permite obtener, con ocasión de estos delitos, independientemente de la sanción penal dictada por la ley, la aplicación de una especie de pena privada, exactamente apropiada a la infracción y análoga a la que castigaba en Derecho romano los *delicta privata*. . . Queda entonces que la acción colectiva. . . desemboca por su naturaleza propia a sanciones pecuniarias o publicitarias. . . sin relación necesaria con el perjuicio sufrido”. DUPEYRON, *op. cit. supra* nota 59, pp. 154-155.

⁸⁰ 42 “U.S. Law Week” 4804 (del 28 de mayo de 1974).

la especie, de reclamar el resarcimiento para los 2 250 000 de víctimas identificadas, y, eventualmente, también un *fluid recovery* para los otros cuatro millones más o menos de víctimas no identificables o difíciles de identificar.

14. *Las garantías procesales (especialmente, el derecho de defensa) en las acciones colectivas: del "garantismo individual" al "garantismo social" o "colectivo"; el concepto de "representatividad adecuada".* b) El último aspecto que querría mencionar, concierne a las garantías procesales de las partes,⁸¹ y, particularmente, a la garantía fundamental del principio del contradictorio: *audiatur et altera pars*.

El problema se presenta con una agudeza particular en materia de derechos difusos o colectivos. Por un lado, parecería en verdad que una condición absoluta de *natural justice* (y, en algunos países tales como los Estados Unidos,⁸² Italia⁸³ y Alemania,⁸⁴ también de justicia constitucional), sea que todo sujeto participante en una relación producida en justicia tenga una posibilidad efectiva de ser oído, y que, en su defecto, la decisión no debería tener efectos directos a su respecto. Pero por otro lado, tratándose de relaciones colectivas o difusas en las que está implicado con frecuencia un número de personas muy elevado, y que a veces no se puede precisar materialmente, imponer un respeto riguroso de la garantía del juicio contradictorio significaría hacer prácticamente imposible la protección jurisdiccional de estas relaciones: a causa de la imposibilidad material de identificar todas las "*absent parties*", de notificar a todas los actos del proceso (¡en el caso *Eisen*, la notificación misma a las solas partes fácilmente identificables, habría acarreado un gasto de 225 000 dólares,⁸⁵ en resumen, de ofrecer a todas una posibilidad real de intervención en el proceso.

He aquí entonces que aun los principios milenarios de defensa y de contradictorio se revelan insuficientes para las exigencias cambiadas de las sociedades contemporáneas. Esta insuficiencia, por lo demás, no significa abandono, sino superación. Es necesario superar los esquemas de un "garantismo" procesal de marca puramente individualista: en su lugar debe nacer un tipo nuevo y más apropiado de "garantismo" que yo querría definir "social" o "colectivo", concebido no solamente como una salvaguardia del individuo en un proceso individualista, sino también como una

⁸¹ Sobre este tema ver, en general, M. CAPPELLETTI & D. TALLON, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milán y Nueva York, Giuffrè y Oceana, 1973.

⁸² *Op. ult. cit.*, pp. 449-452, 676-677.

⁸³ *Op. ult. cit.*, pp. 548-551, 680-681.

⁸⁴ *Op. ult. cit.*, pp. 15-19, 677-679; Albrecht ZEUNER, *Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen*, Karlsruhe, Müller, 1974.

⁸⁵ 42 *U.S. Law Week* 4804, 4807.

salvaguardia de las colectividades y de los nuevos "cuerpos intermediarios" múltiples, y extremadamente importantes, que también reclaman el acceso a la justicia a fin de proteger sus intereses.

Para resumir en algunas palabras lo que debería ser un largo discurso, diré que a este propósito la lección del Derecho comparado podría traducirse en la fórmula: "*representatividad adecuada*". Si la "parte ideológica" (individuo o asociación) que lleva en justicia un cierto tipo de interés meta-individual, representa de manera adecuada la clase entera a la que pertenece este interés, será perfectamente legítimo que la decisión extienda sus efectos igualmente a las "partes ausentes".⁸⁶ En efecto, todos los miembros de la clase, aun si no están individualizados, si no han recibido la notificación, en resumen, si no son "oídos" individualmente, habrán tenido sin embargo su *fair hearing* mediante las garantías de defensa y de respeto del principio del contradictorio aseguradas al representante ideológico o *private attorney general* de la clase misma.

Graves problemas surgen evidentemente cuando se trata de poner en aplicación la fórmula de la "representatividad adecuada". ¿Cuáles serán las condiciones necesarias para que un sujeto o una agrupación sea suficientemente representativo de una colectividad? En otros términos, ¿qué garantías deberían ser exigidas para que se esté asegurado que una "parte ideológica" es suficientemente seria, honesta, preparada, activa en la defensa del interés colectivo? ¿Qué salvaguardias serán necesarias para prevenir negligencias, abusos, chantajes?

Ciertas legislaciones han intentado dar una respuesta expresa a estas cuestiones, sobre todo cuando se trataba de admitir la representación de interés colectivos de parte de asociaciones: todavía una vez más, la ley francesa del 1o. de julio de 1972 relativa a la lucha contra el racismo es un ejemplo típico.⁸⁷ La experiencia comparativa muestra sin embargo que sería absurdo esperar una respuesta *completa* de parte del legislador, y sería todavía más absurdo pretender recibir una respuesta *uniforme* para cada tipo de "partes ideológicas". Parece inevitable, al menos en este es-

⁸⁶ Una solución intermedia, algunas veces adoptada (por ej., en los Estados Unidos hasta la reforma, en 1966, de las *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 23) y más frecuentemente propuesta (por ej., por A. PROTO PISANI en ocasión de un congreso que ha tenido lugar en junio de 1974 en la Universidad de Pavia: v. A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, en "Diritto e Giurisprudenza", 1974, pp. 801, 814-816), es la que sólo extiende a las partes ausentes los efectos favorables, pero no los que son desfavorables, de la decisión: se habla de la "eficacia *secundum eventum litis*". Para una crítica de esta solución, abandonada no sin buenas razones por la reforma ya mencionada de las *Federal Rules*, v. M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi* en "Giurisprudenza italiana", 1975, IV, col. 55-56, 60; v. también, p. ej., Kenneth W. DAM, *Class action notice: Who needs It?*, en "The Supreme Court Review", 1974, pp. 97, 111-117, 122-126.

⁸⁷ Art. 5-11 de la ley n° 72-546, citado *supra*, nota 22.

tadio todavía inicial, con frecuencia aun rudimentario, de nuestras experiencias prácticas y científicas en la materia, tener confianza en un cierto poder discrecional del juez.⁸⁸ Este siempre deberá considerar que, mientras en el proceso de estructura individualista la *titularidad* del derecho que se hace valer en justicia es, en principio, una garantía suficiente de la seriedad de la parte,⁸⁹ en el dominio de los intereses colectivos esta titularidad al contrario debe ser reemplazada por otros elementos, más variados y complejos, que pueden ir del pasado de una cierta asociación,⁹⁰ a su organización⁹¹ a su importancia numérica⁹² o espacial,⁹³ etcétera. Son las circunstancias más variadas las que, cada vez, podrán tranquilizar al juez sobre la seriedad de la parte ideológica. Mientras, por ejemplo, en ciertos casos la antigüedad y el carácter nacional, más bien que simplemente local, de una asociación podrán ser elementos de apreciación positiva,⁹⁴ en otros casos se podrá más bien estimar el hecho de que, ante un nuevo peligro imprevisto, son precisamente los ciudadanos de un cierto lugar los que se constituyen espontáneamente y por primera vez en "asociación de defensa". Una solución legislativa, rígida, *a priori*, estaría destinada a hacer

⁸⁸ Sobre los inevitables "papel normativo" y "función creadora" del juez en los dominios que, como el "Derecho del medio ambiente", están en fase de formación y de transformación rápida, v., por ej., últimamente Jacques de LANVERSIN, *Contribution du juge au développement du droit de l'environnement* (Contribución del juez en el desarrollo del derecho del medio ambiente), en *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le Droit public*, II, París, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, pp. 519, 522, 525-529.

⁸⁹ V. *op. cit. supra* nota 2, p. 126, nota 349.

⁹⁰ Por ejemplo como ya se ha visto (*supra* nota 22) la ley francesa n° 72-546 concede la calidad para actuar a toda asociación "declarada regularmente desde cinco años cuando menos a la fecha de los hechos".

⁹¹ Se plantea aquí el problema de la "democracia interior" de los cuerpos intermedios, núcleo central que permite alcanzar un justo equilibrio entre la autonomía de la asociación, y un *mínimum* de controles públicos suficientes para impedir los abusos. Se trata de uno de los problemas más graves y sin embargo los menos estudiados por los juristas. V. *op. cit. supra* nota 2, p. 125, nota 347.

⁹² V. a este respecto AUDINET, *op. cit. supra* nota 37, p. 235, quien recuerda en particular la fórmula, que ha tenido un éxito no solamente en Francia, sino también en Italia, de "sindicato(s) más representativo(s)".

⁹³ Es interesante, a este respecto, el fallo del 6 de marzo de 1974, n° 54, de la Corte constitucional italiana. Se trataba de una cuestión de constitucionalidad del artículo 28 de la ley del 20 de mayo de 1970, n° 300 ("Estatuto de los trabajadores"), que previene un procedimiento especial en caso de comportamientos antisindicales del patrón, pero limita sin embargo la calidad para actuar a los "órganos locales de las asociaciones sindicales nacionales". La Corte ha decidido que este límite, que no admite el derecho de actuar para las asociaciones sindicales que no tienen un carácter nacional sino puramente local, es razonable y no perjudica la libertad de asociación y el principio de igualdad, puesto que el carácter nacional de la asociación sindical puede ser un criterio válido de responsabilidad y de representatividad.

⁹⁴ V. la nota precedente.

más mal que bien; sería como si se emplease el hacha del leñador allí donde sería necesaria más bien la intervención delicada del bisturí del cirujano.

15. *El nacimiento de una nueva concepción de la justicia a la luz de la experiencia comparativa.* Las conclusiones de mi investigación, las puedo formular en pocas palabras. Asistimos en el presente a la decadencia de una concepción individualista del proceso y de la justicia. Todos los principios y las estructuras que estaban enraizadas en esta concepción, aparecen insuficientes para dar una solución aceptable al problema de la protección necesaria que es necesario asegurar a los nuevos intereses “difusos” y “colectivos”, hechos vitales para la sociedad moderna.

Asistimos, por un lado, al alba de un nuevo pluralismo que, en lugar de la *summa divisio* superada entre público y privado, aporta aun en el proceso formas nuevas y múltiples de combinación o de integración de iniciativas públicas y privadas, tendiendo a la salvaguardia de intereses meta-individuales.

La temática entera del Derecho judicial está implicada profundamente en estas transformaciones radicales, que tienen una repercusión aun en el dominio de las garantías procesales más antiguas y más fundamentales, tales como el derecho de defensa y el derecho al contradictorio. En verdad, aun en el dominio del “garantismo”, que ha representado durante tantos años mi “fe” de procesalista, asistimos al movimiento necesario hacia una forma nueva, que acabo de llamar *garantismo social o colectivo*, y que significa la superación, precisamente, del garantismo entendido en el sentido individualista tradicional.

Por lo demás, a través del problema de los poderes del juez y de los tipos y de los efectos de sus decisiones, la gran metamorfosis se extiende también en el dominio del Derecho sustancial. El trastorno recae sobre la concepción de cosa juzgada; recae sobre la concepción de responsabilidad civil y de reparación del daño.

Evidentemente, toda transformación profunda, toda revolución misma en el dominio puramente intelectual, acarrea gastos elevados. Que me sea permitido recordar que aun el simple abandono parcial de la concepción tradicional de la responsabilidad fundada sobre la falta del que causa el daño —concepción vuelta inicua en el estadio actual del desarrollo de las técnicas y de la organización socio-económica— ha acarreado toda suerte de dificultades, de resistencias, de confusiones. ¡Nuestro colega André Tunc podría ser mi testigo eminente! Podemos imaginar, entonces, ante qué dificultades todavía más graves, qué resistencias y confusiones, están destinadas a chocar proposiciones más aún iconoclastas, como la de reemplazar la sola indemnización del *daño sufrido* por la del entero *daño producido*. Y no obstante, es solamente haciendo frente a los gastos que requiere

la nueva transformación, como podremos construir en fin un sistema de justicia civil apropiado a las necesidades cambiadas de nuestra época.

Bertrand Russell decía que el abogado del cambio tiene una tarea mucho más difícil que el abogado de la conservación y del orden.⁹⁵ Pero cuando lo que queremos conservar ya no responde a las necesidades sociales nuevas, entonces la conservación ya no es una garantía de "orden". Y la lección del Derecho comparado está allí para demostrar que los cambios, que acabo de esbozar, no son el fruto de una visión personal o local, sino al contrario responden a las grandes tendencias evolutivas del mundo contemporáneo.

⁹⁵ B. RUSSEL, *Education and the social order*, Londres, Allen & Unwin, 7a. impresión 1967, p. 13.