

LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS

Mauro CAPPELLETTI

Sobre la protección de los intereses colectivos o difusos existe en este momento abundante literatura internacional; lejano se encuentra el momento (1975) en el que sostuve una conferencia sobre este tema en París, y mi tesis pudo parecer audaz, si no escandalosa.¹ Es verdad que todavía hoy existe quien puede escribir: “quien sostiene que los derechos difusos pueden... hacerse valer *por solamente algunos* de los titulares, contradice el sistema... por el cual ninguno puede ser objeto de la eficacia del proveído jurisdiccional si no ha participado en el proceso de formación del mismo”.²

El hecho es que la novedad del fenómeno ha surgido con toda su fuerza, de forma tal que pone en evidencia la absoluta falta de adecuación de los viejos esquemas, típicos de la tradicional posición individualista del proceso civil.

Para darnos cuenta de la novedad e importancia del fenómeno, debemos observarlo en sus aspectos sociales. El “problema social” planteado por estos “nuevos derechos”, se explica solamente a la luz de una visión moderna de las sociedades contemporáneas. En ellas han surgido con gran urgencia relaciones típicas de las economías modernas, como el hecho de que la producción, distribución y consumo de los bienes se desarrollen en gran escala, y ya no más en una relación de “uno a uno”. De aquí deriva la necesidad del proceso civil, de reflejar en sus estructuras esta transformación revolucionaria de las relaciones económicas y sociales. Los ejemplos más evidentes son los de la protección de los consumidores y del

¹ El texto de la conferencia ha sido publicado con el título “La protection d’interêts collectifs et de groupe dans le proces civil (Métamorphoses de la Procédure Civile)”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, pp. 571-97.

² Véase la referencia y la respuesta a esta crítica, en mi escrito “Contestazione della ‘Sistematica giuridica’”, en *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, pp. 369-373.

medio ambiente. Un defecto aún secundario de un solo producto puede convertirse en perjudicial para miles, y hasta millones de consumidores; es similar el caso de la contaminación ambiental por parte de los grandes complejos industriales. Si se debiera pretender la individualización de dicho daño, se obtendría, por un lado, la inmersión de las cortes de justicia en un sinnúmero de causas frecuentemente insignificantes; y se produciría, por el otro, de hecho, una verdadera denegación de justicia, porque la gran mayoría de consumidores y ambientalistas dañados no tendrían motivación, tiempo, poder económico ni información suficientes para iniciar un proceso contra el potente productor o contaminador; y en el caso en que esto sucediera, el resultado del procedimiento sería tan irrisorio, que el productor masivo y el gran contaminador no se verían efectivamente persuadidos de abandonar la actividad productora del daño.

Si bien he puesto el ejemplo del consumidor y del ambientalista, el fenómeno de los derechos difusos o colectivos es extremadamente más amplio. Ellos conciernen a casi todos aquellos “derechos sociales” que se refieren a categorías, grupos, clases de personas —por ejemplo, los niños, los ancianos, los discapacitados, los veteranos, las minorías lingüísticas, raciales, religiosas, etcétera— derechos que representan una de las principales características de nuestra época. En todos estos casos, un sistema procesal incapaz de proteger la entera categoría contra actos que ilegítimamente dañan la categoría entera, es ineficaz y deja, en efecto, privada de acceso a la justicia a la categoría social en cuestión.

He hablado de acceso a la justicia, y en realidad a este punto es bien sabido que precisamente el movimiento mundial pro acceso a la justicia está directamente implicado en la temática de la protección de los derechos colectivos y difusos. Personalmente he definido esta problemática como la “segunda oleada” del movimiento pro acceso a la justicia, la primera había sido la tendente a asegurar el asesoramiento y la representación legal (*legal advice and aid*) a la parte pobre; de donde el problema de esta “primera oleada” de estudios y de reforma, ha sido el de afrontar el obstáculo de la “pobreza económica” como barrera al acceso. Pero existe también otra forma de pobreza, la que he denominado “pobreza organizativa”, o sea, la dificultad para los miembros independientes de las categorías previamente mencionadas de organizarse en un frente común contra las violaciones de los derechos sociales. Los ordenamientos jurí-

dicos más avanzados han intentado dar respuestas de variada naturaleza a esta “pobreza organizativa”, pero todas ellas basadas en la premisa de la falta de adecuación de las estructuras procesales tradicionales, de asegurar el acceso a la justicia para estos derechos.

I

Examinaré ahora, rápidamente, las principales soluciones propuestas o experimentadas para superar este formidable obstáculo que representa la “pobreza organizativa”.³

1. Una primera solución, todavía radicada en las concepciones tradicionales, ha sido la de recurrir al Ministerio Público para la protección de estos *new rights*. La idea de base ha sido la de ver en estos derechos un carácter público, de donde la esfera de legitimación activa del tradicional representante del interés público: el Ministerio Público y sus equivalentes (Staatsanwalt, General Attorney, Prokuratura) se extendería a ellos. Pero esta solución ha revelado deficiencias no sólo conceptuales sino también estructurales. Conceptualmente, se debe advertir que los intereses colectivos o difusos, no pertenecen exactamente al derecho público, ellos poseen características *sui generis*. Se encuentran en realidad —en un cierto sentido— en la mitad del camino entre los derechos privados y los públicos. En otras palabras, son públicos solamente en el sentido de que se refieren a categorías o grupos de personas, pero que por lo demás, son y permanecen como ciudadanos privados. Estructuralmente, el Ministerio Público continúa siendo un órgano carente de especialización en los campos específicos a los cuales se refieren los nuevos derechos: áreas que incluyen, la ecología, la industria, la producción y el intercambio, y más en general los derechos sociales típicos de las modernas sociedades de bienestar (los *welfare rights*). Además, en muchos países, el Ministerio Público carece de la independencia orgánica suficiente para hacer de él un representante válido de los intereses que, a menudo, deben hacerse valer contra las autoridades políticas y administrativas, y de todos modos contra sujetos que pueden tener una fuerte influencia sobre dichas autoridades.

³ Para un estudio comparativo más profundo, remito a mi libro *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, específicamente los capítulos 6 y 7, pp. 215 y ss., 268 y ss. Y además a la serie del *Florence Access to Justice Project*, vol. 4, en 6 tomos (M. Cappelletti (ed.), Milano & Alphen aan den Rijn, Giuffrè & Sithoff, 1978-1979).

A este propósito, debo señalar que, si se cumplen condiciones fundamentales, es decir, una completa independencia de la procuraduría frente a los poderes políticos y la posibilidad de “penalización” de ciertas ramas de la procuraduría en los temas de los intereses difusos, esta solución puede funcionar. Es lo que he aprendido de la experiencia brasileña, como lo he comprobado personalmente; debido exclusivamente al entusiasmo de muchos miembros de la procuraduría donde han podido solucionar su trabajo.

2. En consideración a los problemas de la solución (Ministerio Público) en muchos otros países ha surgido una segunda solución, también de carácter público, consistente en el intento de crear nuevos organismos públicos, pero especializados, para representar algunos de estos nuevos derechos e intereses. Así, por ejemplo, el *consumer ombudsman* en Suecia y en otros países; el *ombudsman* para la igualdad sexual (creado recientemente en Suecia), el *director general of fair trading* (creado en 1973 en Gran Bretaña), la Environmental Protection Agency (EPA) en los Estados Unidos, etcétera.

Esta solución presenta la ventaja de la *especialización* y, generalmente también, aquella de poseer un grado más elevado de *independencia* frente a las ramas políticas del Estado. Sin embargo, en esta solución también se han manifestado puntos de debilidad: estas “agencias públicas” son a menudo demasiado burocráticas, lentas, costosas, y a veces han mostrado la tendencia a dejarse “capturar” psicológicamente), precisamente, por los portadores de intereses que ellos tendrían el deber de controlar (baste recordar la EPA norteamericana que, bajo la presidencia de Nixon y de Reagan, se ha destacado más como un instrumento de antiprotección que de verdadera y eficaz protección ambiental). También desde el punto de vista conceptual, si se recuerda que los intereses difusos son colectivos, pero esencialmente privados, la solución aquí considerada, aun siendo en general mejor que la del Ministerio Público, se revela insuficiente para reflejar plenamente las exigencias para las cuales ha sido proyectada.

3. Tampoco ha sido mucho mejor la solución *híbrida* que ha surgido, sin demasiado éxito para ser sinceros, en Inglaterra y en algún otro país de *common law*, vale decir el *relator actor*. Este “actor” sí es un sujeto privado, pero sólo puede actuar con el consentimiento (el *fiat*) del *attorney general*, que mantiene el control de su conducta; se trata en definitiva de una forma de *delegación*

del poder del *attorney general* al *relator actor*, pero esta delegación depende enteramente de la discreción del delegante.⁴

4. Han surgido pues soluciones mucho más radicales, en las cuales la legitimación activa se ha extendido a *sujetos privados* o a *asociaciones privadas*. Así, en varios países europeos algunos tipos de asociaciones han obtenido la atribución, usualmente por ley, de la legitimación para representar ciertas categorías de personas y de intereses: asociaciones de consumidores, asociaciones para la protección del ambiente, asociaciones para la protección de la familia, para la lucha contra el racismo, etcétera. En Francia se ha hablado de *actions collectives*, en Alemania y en Austria de *verbandsklagen*. Las ventajas de estas soluciones se encuentran en que las asociaciones no sólo tienen la “especialización” requerida en estas materias, sino que, además, se encuentran en grado de superar la debilidad del individuo aislado, pueden multiplicar los recursos y pueden promover la defensa de los derechos del entero grupo, así como el de los individuos aislados. Naturalmente existe el riesgo de los abusos, pero esto se intenta prever requiriendo, generalmente por ley, ciertos requisitos y controles sobre la adecuación de las distintas asociaciones para desenvolver esta función de tutela colectiva. Permanece el hecho de que es impensable poseer asociaciones para todos los intereses colectivos que en las sociedades modernas son cada vez más numerosos y articulados. Además, dado que las asociaciones legitimadas deben reunir los requisitos preestablecidos (entre los cuales generalmente se cuenta el de tener una existencia previa de uno o más años), no existe la posibilidad de intervenciones rápidas y espontáneas, flexiblemente adaptadas al tipo de situación concreta. Esta solución presenta además una dificultad posterior, por el hecho de que la concesión de la responsabilidad por daños se encuentra profundamente enraizada en una visión individualista, en varios países no ha sido posible usar la acción de las asociaciones para obtener un pleno resarcimiento de los daños sufridos por los miembros de la categoría.

5. Distinto es el caso de las *class actions*, así como adoptadas especialmente en los Estados Unidos. En este caso todo lo que se quiere es que el *class actor* sea un miembro de la clase o categoría, y

⁴ Sobre la discrecionalidad del *attorney general*, ver la decisión de la *house of lords* en el caso *Gouriet vs. Union of Post Office Workers* (1973) 3, WLR, 300; y ver I. H. Jacob, “Access to Justice in England”, en *Access to Justice*, vol. 1, libro 1. M. Cappelletti & B. Garth eds., Milano & Alphen aan den Rijn, 1978, pp. 417-473.

que el juez lo considere un “representante adecuado” de la categoría misma. No son en cambio necesarios requisitos preconstituidos, como en el caso de las acciones de las asociaciones en Europa. De aquí que la intervención del actor de la clase puede ser disponible, espontánea, flexible y adaptable a las situaciones específicas concretas. Además, al menos en la versión estadounidense, es posible obtener un resarcimiento de todo el daño *causado* por parte del demandado a la clase o categoría, de donde este resarcimiento será luego distribuido entre todos los miembros de la clase que no hayan renunciado decidiendo de *opting out* de la acción. La gran novedad presentada por esta forma de tutela es evidente, como lo es asimismo la ruptura que con ella se ha hecho respecto a algunos principios fundamentales de la justicia civil:

a) en primer lugar, la concepción tradicional de la legitimación activa es entendida en el sentido de que solamente la parte que se afirma como *titular* del derecho en cuestión puede accionar para obtener la tutela; aquí, en cambio, el actor de la clase es titular solamente de un *fragmento* del derecho en discusión;

b) además, la concepción milenaria de aquello que actualmente se denomina el “debido proceso legal”, con todas sus múltiples manifestaciones, por ejemplo, en el campo de las notificaciones, requeriría que todas las partes a las cuales se extendieran los efectos de la sentencia fuesen “oídas” (notificadas, etcétera) pero también este principio, que es perfectamente plausible en un proceso de dos partes, se revela del todo inaplicable cuando toda una categoría de personas se encuentre afectada; si todas debieran ser notificadas de los actos del proceso, se obtendría *de hecho* la imposibilidad de conducir procedimientos que implican miles, y hasta millones de personas (piénsese al famoso caso *Eisen vs. Carlisle & Jacquelin*,⁵ en el cual se hallaban implicados cinco millones de pequeños accionistas, cada uno por un daño de pocos dólares; si todos debieran ser “oídos” el resultado sería simplemente la imposibilidad de la tutela. Acertadamente se observó que es el colmo de la sutileza invocar el *due process* en casos en los cuales el único modo de otorgar una tutela a estos derechos es el de modificar la concepción del debido proceso legal);⁶

⁵ Verlo discutido en mi libro citado en la nota 3, pp. 284, 293, 301 y 304.

⁶ La frase es de Kenneth Scott: “It is a landmark in judicial sophistry to use due process concept in the name of protecting the interests of class members, to reject the only litigation procedure capable of doing so”. K. Scott, “Two Models of the Civil Process”, en *Stanford Legal Essays*, 1975, pp. 413-420.

c) por otra parte existe la concepción, también milenaria, de la *res judicata* que puede sólo extenderse a las partes presentes en el juicio. Aquí, en cambio, hay un actor de la clase que representa; es más, que se convierte en autorrepresentante de todos los miembros de la clase. De nuevo: si se pretendiera mantener vigente el principio tradicional, sería imposible tutelar eficazmente los derechos colectivos y difusos. De ahí que, otra vez, se hace necesario recurrir a una nueva y revolucionaria concepción de la cosa juzgada, en la cual ésta se extienda a toda la clase, dando la posibilidad a cada miembro de la clase de *opt out*, o sea, de autoexcluirse;

d) finalmente existe la ruptura, importantísima, con la concepción tradicional en materia de daños, según la cual el daño resarcible es solamente el *sufrido* por la parte en juicio; aquí, en cambio, a efectos de que la tutela sea eficaz, el daño a ser resarcido debe ser el daño global *causado* por el demandado.

En fin, estamos aquí en presencia de lo que en el 1975 llamé la “metamorfosis” necesaria del procedimiento civil,⁷ dictada por la necesidad de adaptar el proceso, sus estructuras y concepciones, al nuevo fenómeno de los intereses colectivos y difusos. Como cada cambio, éste también, debemos reconocerlo, conlleva el peligro de abusos; y es justamente al control del juez al que se ha confiado el deber de controlar: a) la adecuación del actor de la clase, en el sentido de que sea efectivamente un representante adecuado de la clase en su totalidad; b) la probidad y lealtad en la conducción del proceso (de donde por ejemplo el juez no aceptará compromisos o renunciaciones injustificadas).⁸ Está claro que se obtiene así, un enorme aumento de los deberes y de las responsabilidades del juez en este nuevo tipo de procedimiento; de donde no equivocadamente se ha dicho que una de las características de la acción colectiva y de clase es un “rol activo” del juez más acentuado.⁹ Resta el hecho de que, en el análisis de muchos expertos, el balance entre ventajas y riesgos es ampliamente favorable a las primeras, a tal punto que no pocos juristas han sugerido que la acción de clase debería ser adoptada también en los países de *civil law*, donde por lo demás, pro-

⁷ Ver el título de la *op. cit.* en la nota 1.

⁸ Ver las *Rules...* de la *Federal Rules of Civil Procedure* que excluyen la vinculariedad de renunciaciones u otros acuerdos del *class suitor*, a menos que no sean aprobados por el juez.

⁹ Ver Homburger, A., “Private Suits in the Public Interest in the United States of America”, en *Buffalo Law Review*, 23, 1974, pp. 343-349.

bablemente con excepción de Brasil (que para ser sinceros se trata de una excepción parcial), hasta el presente no ha penetrado.

6. Un último, y todavía más radical método adoptado en algunos países para dar actuación a tales derechos colectivos o difusos, es el de la *acción popular*. Aquí la ruptura con las concepciones tradicionales es todavía más completa. Vale la pena recordar, además, que figuras de *acciones populares* se encuentran también en el pasado; evidentemente nuestros predecesores no se consideraban esclavos de sus propios conceptos, ellos tenían más coraje que algunos de nuestros contemporáneos que parecen aterrorizados de ciertas innovaciones. Con la acción popular, la legitimación activa corresponde a *quisquis de populo*, de donde no es ni siquiera necesario, como lo es en cambio para el *class suitor*, ser un miembro de la categoría, y por lo tanto ser titular de por lo menos un fragmento del derecho en cuestión. Los casos en que un ciudadano cualquiera se encuentra legitimado activamente como actor popular, son pocos y esporádicos; por ejemplo, en los Estados Unidos el *clean air act* del 1970 (ahora también en su versión más reciente) permite a cualquier ciudadano hacerse portador del interés colectivo de forzar una atmósfera limpia. Algún tipo se encuentra también en países de tradición románica, digamos en Brasil, como han recordado nuestros insignes colegas y amigos José Carlos Barbosa Moreira y Kazuo Watanabe.¹⁰

A alguno le ha parecido que ésta debería ser la solución más avanzada a la cual se debería tender.¹¹ En lo personal, no participo de esta opinión porque me parece que aquí los riesgos son excesivos y no compensados por beneficios superiores. Se trata del riesgo de tener procedimientos iniciados y conducidos por personas no calificadas; con la posible consecuencia de obtener decisiones basadas en conocimientos insuficientes y hasta desviantes. Recuérdese que, aparte de la decisión del caso concreto, la jurisprudencia de las cortes tiene también una eficacia de guía —un *guiding behavior effect*— este efecto-guía puede ser desviado de las decisiones pronunciadas

¹⁰ Ver Barbosa Moreira, J. C., “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados ‘interesses difusos’”, en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 2673 y ss.; Watanabe, K., “tutela jurisdiccional dos interesses difusos: A legitimação para agir”, en Ada Pellegrini Grinover (Coordenação de) *A tutela dos interesses difusos*, São Paulo, Editora Max Limonad, 1984, pp. 85-88.

¹¹ Véase por ejemplo Kotz, H., “Public interest litigation: A Comparative Survey”, en M. Cappelletti (ed.), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn, Bruxelles, Sijthoff, Bruylant, KlettCotta, Le Monnier, 1981, pp. 85-110.

en procedimientos en los cuales los intereses en discusión no hayan sido adecuadamente representados.

Después de esta breve exposición de las principales soluciones surgidas del análisis comparado, se hace necesario una *valoración* dentro del ámbito de las *tendencias evolutivas* de nuestra época.

Como he dicho previamente, la problemática y las reformas en el tema de protección de los *new rights* se insertan en el cuadro de la que, según mi opinión, es la tendencia evolutiva más importante de nuestra época en el campo del derecho: el acceso a la justicia. A la luz de esta tendencia evolutiva —que en el mundo jurídico refleja una fundamental “revolución cultural” de nuestro siglo, es decir, la idea de la justicia *social* y del Estado *social* de derecho— se comprende la gran “metamorfosis” del proceso civil, inspirada en la necesidad de actuar una tutela eficaz de los derechos colectivos y difusos. Esto sucede porque estos derechos son la expresión más directa de las nuevas estructuras de la economía y de la vida social en el mundo contemporáneo: las estructuras de una economía en la cual, como ya he observado, producción, distribución y consumo se realizan ya no con características individuales, sino *de masa*: nos encontramos en presencia de la producción *á la chaîne*, la distribución de los bienes así producidos en grandes mercados generalmente multinacionales, y su consumo por parte de muchedumbres en general (sinnúmero de personas). A su vez, los “derechos sociales” se refieren a vastas categorías de personas, y también aquí, como lo he manifestado, solamente un sistema procesal profundamente distinto del tradicional estará en grado de asegurar una protección eficaz, sin la cual se obtendría un debilitamiento; más aún: el anulamiento de hecho de estos derechos.

Debemos ser conscientes que se trata de una evolución gigantesca, la cual deberá reflejarse en las páginas de nuestros estudios científicos —si éstos no quieren hablar solamente de un pasado a este punto cerrado— y sobre todo en las acciones de nuestros legisladores y de los jueces. Lamentablemente, en muchos países —e Italia se encuentra entre ellos— la acción legislativa ha sido y sigue siendo lenta y no siempre a la altura de su deber, a causa de las dificultades que provocaría alejarse de las cómodas ideas del pasado, pero a causa también de la mentalidad generalmente apotocada sobre ideas incapaces ya de reflejar las exigencias de la sociedad moderna, una mentalidad difundida lamentablemente entre muchos colegas procesalistas. Es un dato de hecho, que una actitud conser-

vadora es más fácil de asumir que un comportamiento que se proyecta, por el contrario, hacia el futuro y que por ello requiere coraje e imaginación. Pero nosotros debemos darnos cuenta, y también estar orgullosos, que una grandiosa transformación está en curso; que vivimos en una época fascinante de cambios radicales gigantescos de corte social, los cuales, más allá de tener que preocuparnos, deberían encender nuestros espíritus de entusiasmo, pues se trata de construir una sociedad más rica y más justa.

Siempre con la intención de *valorar* la evolución, base de la temática de la protección de los derechos colectivos y difusos, se puede agregar que nos encontramos en presencia de un modernísimo fenómeno de encuentro entre público y privado. Se ha visto cómo los derechos colectivos y difusos están, en un cierto sentido, a caballo entre lo público y lo privado, y cómo las formas más eficaces de protección reflejan esta naturaleza de los derechos en cuestión. Formas de carácter puramente público (como la atribución del deber de tutelar exclusivamente en manos del Ministerio Público) en regla general se revelan insuficientes; mientras las formas más eficaces son aquellas que hacen palanca sobre la iniciativa y sobre el “celo” de los privados (asociaciones, actores de clase, actores populares), sujetando, además, tal iniciativa al *control* del juez (en la acción de clase) y/o del legislador (en las acciones de las asociaciones, donde las asociaciones legitimadas son solamente las que reúnen los requisitos indicados por la ley, y cuya presencia en concreto está controlada por el juez). Estamos en presencia, en resumen, de un fenómeno análogo al de la economía de mercado, que de una parte se sustenta sobre la iniciativa privada, pero por otra parte tal iniciativa debe ser controlada para asegurar un efectivo “mercado libre”, el cual está basado en la efectividad de la competencia y sobre la protección de los consumidores.¹²

En este sentido, nos encontramos frente a un fenómeno de “privatización” (pero no entendido en el sentido de un regreso a la concepción individualista del proceso, ya que, por el contrario, el abandono de tales concepciones representa justamente la premisa fundamental y, además, como ya he expresado, la iniciativa privada se encuentra sometida a controles públicos). Y tenemos también un fenómeno de “desburocratización”, en el sentido de no condicionar la actividad de tutela a la iniciativa de órganos burocráticos,

¹² El tema se encuentra tratado en mi escrito “L’accesso alla giustizia dei consumatori”, en *Il diritto dell’economia*, 1991, pp. 17-39.

que demasiadas veces confirman la verdad de cuanto escribía hace dos siglos Pietro Verri: “generalmente los últimos en ver claramente los intereses de la sociedad son justamente aquellos que son pagados a tal fin”.¹³ Aquí encontramos, por lo tanto, una manifestación de aquella ulterior tendencia evolutiva de nuestra época: la *desregulación*.

III

Una ulterior temática que quisiera abordar brevemente desde este punto de vista comparativo: es aquella de las *razones* de las diferencias en las soluciones adoptadas por parte de los distintos países. Me limitaré a destacar una sola diferencia fundamental: el hecho de que, mientras en los Estados Unidos de Norteamérica, el método principal (pero no el único) adoptado para la protección de los *new rights* es el de la *class action*, en los países continentales, en cambio y en general en los países *civil law*, dicho método no ha sido adoptado (y la preferencia se ha inclinado más hacia el método menos flexible de las acciones de las asociaciones). A este punto, surgen del análisis comparativo distintas razones; mencionaré algunas.

a) Una primera razón puede observarse en el hecho que en los países de *civil law* estaría excluida la posibilidad de una compensación de los abogados *pro quota litis*. La ausencia de la posibilidad de *contingent fees* significa, lógicamente, falta de un fuerte incentivo de accionar, que para el abogado comporta un proceso difícil, complejo y costoso (es la llamada *complex litigation*).¹⁴ Es evidente y notorio que en los países de *civil law* (pero también en Inglaterra, donde de hecho la *class action* es prácticamente desconocida), el acuerdo de *contingent fees* sería ilegítimo, y esto en virtud de una tradición que probablemente se encuentra ya en el *Digesto* de Justiniano.¹⁵

b) Se debe agregar además el hecho de que la organización de los estudios jurídicos en los países de *civil law* es poco adecuada a la

¹³ Verri, P., “Pensées détachées”, en *Milano in Europa*, a cargo de M. Schettini, Milano, Cino del Duca, 1965, p. 138.

¹⁴ El tema de la *complex litigation* ha constituido el objeto de una sesión del reciente IX Congreso Mundial de Derecho Procesal, promovido por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, en Coimbra y Lisboa; con un excelente informe general redactado por los profesores P. H. Lindblom (Suecia) y G. D. Watson (Canadá) en este momento en curso de publicación.

¹⁵ Véase *Digesto*, II, XIV, 53.

class action. En efecto, este tipo de acción requeriría una organización compleja que, por lo demás, falta en los países de Europa continental, donde se carece de esos grandes estudios de abogados capaces de llevar adelante procesos de gran complejidad. El rol mismo de la profesión de abogado es visto en Europa, y creo que en América Latina también, como menos dinámico que en Estados Unidos; asimismo es vista con mucha reticencia la idea de un estudio de abogados que se hagan portadores (como en la práctica sucede con la *class actions*) de la estrategia y de la iniciativa de la litis (con una actividad de investigación desarrollada por los mismos abogados).

c) Encontramos luego el hecho de que existe una reticencia tradicional a aceptar la llamada *impact litigation*, es decir, entendidos como portadores de consecuencias que trascienden ampliamente el marco del procedimiento concreto; *impact litigation* es en cambio casi *in ipsa natura* en los países de *common law*, donde la idea que cada sentencia pueda tener un impacto *ultra partes* forma parte de la concepción misma del “derecho judicial”, es decir, del *case law* como fuente del derecho.

IV

El último aspecto que desearía abordar, aunque sea brevemente, es el que quisiera denominar significado político-filosófico del gran movimiento por el acceso a la justicia, del cual la protección de los derechos colectivos y difusos es una parte importante.

El ideal de la igualdad ante la ley ha sido, como es sabido, la gran novedad de la revolución “burguesa” iniciada a fines del siglo XVIII. Hasta ese momento, la sociedad civil estaba dividida en estratos sociales a cada uno de los cuales correspondía un ordenamiento jurídico distinto: así nació el ideal del Estado de derecho o *rechtsstaat*, en el cual la ley tiene carácter vinculante para todos y “todos son iguales frente a la ley”. Pero a lo largo de los siglos XIX y XX, la gran crítica que se desarrolló en contra de la igualdad así conquistada, fue que se trataba de una igualdad más aparente que real, porque permanecían excluidos todos los que no tenían la capacidad económica y cultural necesaria para obtener acceso a esos derechos que, en teoría, debían ser iguales para todos. Las respuestas a tales críticas han sido, a veces, negar totalmente la validez del “Estado de derecho”, sus ideales y sus libertades, dicho en ma-

nera derogatoria, “tradicionales”, de donde provinieron los desastrosos resultados que todos hemos podido constatar, primero con los regímenes totalitarios (especialmente en Alemania y en Italia, pero también en España), y luego en aquellos de Europa oriental. La solución del problema no podía verse en la abolición de las “libertades tradicionales”, sino en su integración con los “derechos sociales”, los cuales tienen precisamente la finalidad de hacer posible el acceso para todos: donde se ha operado o al menos está en curso de operarse el paso del “Estado de derecho” al “Estado *social* de derecho”, el “*sozialer rechtsstaat*”. La filosofía del acceso a la justicia es el núcleo central de este traspaso, en tanto la idea del acceso representa la verdadera *raison d'être* de los derechos sociales. Ya que, como se ha visto, la “segunda oleada” en el movimiento por el acceso viene entendida para superar la que se ha presentado como la “pobreza organizativa” de grandísimas categorías y grupos de ciudadanos: las categorías y los grupos a los cuales se refieren los derechos sociales, derivan de que la protección de tales derechos —y en general de los derechos colectivos y difusos— representa un aspecto esencial de la filosofía política del moderno Estado social de derecho, del mismo modo que puede decirse también para aquellas reformas e instituciones que reflejan la “primera oleada” del movimiento, o sea las reformas tendentes a hacer accesibles a la parte pobre el patrocinio (*legal aid*) y la información jurídica (*legal advice*); y lo mismo puede repetirse acerca de las reformas e instituciones que reflejan la “tercera oleada” (la investigación, es decir, de procedimientos más simples, más rápidos, menos costosos, como también de una justicia “equitativa” o “coexistencial” más que contenciosa, en casos y materias en los cuales tales formas de justicia pueden ser más idóneas, más accesibles, en una palabra, más justas).¹⁶ Pero este es otro tema de gran importancia que aquí, obviamente, sólo puede ser mencionado.

Probablemente en este momento sería superflua una conclusión. Pero permítanme terminar con algunas palabras sobre lo que Calamandrei hubiera llamado “las responsabilidades de la doctrina”.¹⁷

¹⁶ Sobre este tema remito a mi artículo, “Appunti su conciliatore e conciliazione”, en *Scritti in onore di Egidio Tosato*, III, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 501 y ss., y más general al segundo volumen (en dos tomos) de la serie *Access to justice*, citado en la nota 3.

¹⁷ Véase el célebre escrito de P. Calamandrei, “La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina”, ahora en *Opere Giuridiche in dieci volumi*, volumen I, Napoli, Morano, 1965, pp. 504 y ss.

Las responsabilidades que surgen de no considerar el derecho como un fenómeno abstracto, “puro”, “autopoiético” (autocreativo). Porque, al contrario, el derecho debe ser visto como un fenómeno estrictamente ligado a la *sociedad civil*; y es siempre de los problemas reales de la sociedad que debemos deducir nuestros criterios de trabajo y de análisis. Yo no tengo ninguna duda de que uno de los problemas más importantes, probablemente el más importante, sea hoy el de asegurar a todos el acceso a la justicia, y por lo tanto, también una eficaz tutela de los derechos colectivos y difusos, porque estos derechos reflejan una de las características fundamentales —probablemente *la característica fundamental*— de las sociedades civiles de nuestra época.

Si el presidente me concede unos minutos más, quisiera añadir algunas palabras de carácter más personal.

Como algunos de vosotros bien saben, ésta no es la primera jornada latinoamericana en la cual participo, la primera a la que tuve el honor de participar fue en 1960, aquí en México, y después en Venezuela, Colombia y finalmente hace pocos años, las jornadas de Río de Janeiro, organizadas con gran éxito por los amigos brasileños, especialmente por mi ilustre y querido amigo José Carlos Barbosa Moreira.

La razón por la que recuerdo todo esto, no es para recordar mi edad, sino para decirles que estoy feliz y orgulloso de estar una vez más con vosotros, con tantos queridos amigos y colegas de este maravilloso continente latinoamericano, donde me siento perfectamente como en mi casa porque, como dijo mi maestro Piero Calamandrei al concluir aquella memorable pero desgraciadamente su última visita a México en 1952: *mi patria es la amistad; amistad, tú eres mi patria*.