

## FORMACIONES SOCIALES E INTERESES DE GRUPO FRENTE A LA JUSTICIA CIVIL \*

La vieja y sólida concatenación de las tradiciones jurídicas con base en el individualismo resiste pertinazmente; pero, la resistencia deberá atenuarse a medida que se vaya consolidando la organización colectiva de los intereses de las clases industriales y obreras.

Lodovico Mortara (en 1904.)

**SUMARIO:** 1. El acceso a la justicia como libertad fundamental, en relación con los grupos intermedios y con los intereses de grupo. 2. Una revolución en curso en el derecho procesal civil. 3. La complejidad de las sociedades contemporáneas y la insuficiencia de una tutela meramente individual. 4. Intereses en "busca de autor": la superación de la summa divisio "público-privado" y el problema de la legitimación de accionar para la tutela de intereses colectivos. 5. Insuficiencia de la solución que atribuye la legitimación a la parte directa y personalmente afectada. 6. Insuficiencia también de la solución que se dirige al Ministerio Público para la tutela de los intereses colectivos. 7. Nuevas soluciones puestas en relieve por la investigación comparativa. 8. La solución consistente en la creación de órganos públicos altamente especializados: ejemplos. 9. Insuficiencia también de esta solución. 10. Soluciones consistentes en la combinación de iniciativas privadas y de controles públicos: ejemplos. 11. Otros ejemplos de iniciativa privada para la tutela de intereses colectivos: diversos tipos de acciones populares y de acciones de asociaciones. 12. En particular, las relator actions y las class actions. 13. El nuevo papel de los "cuerpos intermedios" y el surgimiento de la "parte ideológica". 14. Los poderes del juez en las acciones colectivas y los efectos de la decisión judicial: providencias con eficacia ultra partes y resarcimiento del daño globalmente producido a la colectividad antes que del solo daño sufrido por la parte. 15. Las garantías procesales (en particular, el derecho de defensa) en las acciones colectivas: del "garantismo individual" al "garantismo social" o "colectivo"; el concepto de "adecuada representatividad". 16. El surgimiento de una nueva concepción de la justicia a la luz de la experiencia comparativa.

1. Cuando se habla de libertades fundamentales de los grupos intermedios, la atención del procesalista es capturada, sobre todo, por un pro-

\* Es una de las ocho ponencias presentadas al Congreso sobre el tema "libertades fundamentales y formaciones sociales", que tuvo lugar en Florencia entre los días 9 y 11 de mayo de 1975, en celebración del cincuentenario de la Facultad

blema: *el acceso a la justicia*. ¿Tienen los grupos intermedios acceso a la justicia? En otras palabras: aquel derecho fundamental, que se expresa esencialmente en los artículos 24 y 113 de la Constitución italiana, y que para el procesalista es, por así decirlo, la libertad fundamental por excelencia, ¿vale también, y cómo y con cuáles implicaciones, para (y contra) los cuerpos intermedios? En particular, ¿es válida esa libertad fundamental para (y contra) aquellos cuerpos intermedios o "formaciones sociales", en las cuales, como lo expresa el artículo 2º de nuestra Constitución, "se desenvuelve la personalidad" del hombre?

Es un problema de grandes proporciones, cuyo análisis en profundidad requeriría bastante más que una rápida ponencia; puede traer consigo una revisión radical de toda la ciencia del derecho procesal. Examinaré este problema, sobre todo, desde el punto de vista del acceso de los grupos

de Jurisprudencia Florentina; las otras ponencias fueron presentadas por Norberto Bobbio, Constantino Mortati, Paolo Barile, Giovanni Conso, Pietro Rescigno, Mario Nigro y Giovanni Pugliese. La ponencia, que el autor dedica a su maestro Piero Calamandrei, cuya obra dio a la Facultad florentina un lustre imperecedero, recoge en parte temas y contenidos de una conferencia sobre "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil — Métamorphoses de la procédure civile", realizada en París el 14 de marzo de 1975 en la asamblea de la *Association de Législation Comparée* (en prensa en la *Revue internationale de droit comparé*, 1975), además de algunos razonamientos contenidos en dos intervenciones en el Congreso de Pavia del 11 y 12 de junio de 1974, sobre el tema "Las acciones para la tutela de los intereses colectivos" (en *Jurisprudencia italiana*, 1975, IV, col. 49-63). Los datos en que se basa la ponencia forman parte de una investigación patrocinada por el Centro Nacional de Investigaciones sobre "Accesibilidad y calidad de la justicia", que se está desarrollando en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia.

El autor agradece a los colegas que han adherido a su invitación de presentar en el Congreso florentino, respecto de sectores especiales del tema aquí tratado, comunicaciones que serán recogidas en el volumen de las actas de este Congreso: Domenico Borghesi (*La acción del sindicato por violación del contrato*); Vittorio Denti (*El proceso como alienación*); Alberto Germanò (*Apuntes sobre la formación social "familia" en el proceso civil*); Andrea Proto Pisani (*La efectividad de los medios de tutela jurisdiccional con referencia especial al cumplimiento de la sentencia de condena*); Nicolò Troker (*Concurrencia desleal, tutela de la empresa y tutela de los consumidores*); Vincenzo Vigoriti (*La legitimación para accionar del sindicato en el Estatuto de los Trabajadores*); y Lorian Zanutigh (*Perfiles normativos de la tutela del ambiente*).

El autor agradece, además, a todos aquellos que, participando en la amplia discusión que siguió a la presentación de las ponencias, han contribuido a la clarificación de un tema tan nuevo como arduo e importante. Sólo a dos preocupaciones, que emergieron en el debate, quisiera aquí hacer alguna referencia y responder brevemente.

La primera concierne a la crucial relevancia del tema de la tutela de los intereses "difusos" en el cuadro de un estudio sobre las "sociedades intermedias" o "formaciones sociales". Esta relevancia, reconocida sólo en parte, por ejemplo, por Giovanni Pugliese, nos parece sin embargo plena y evidente. El *problema jurídico actual* de los cuerpos intermedios no es más aquél, hace tanto tiempo resuelto positivamente, de su "personalidad" o "subjetividad" y por tanto de su capacidad

a la justicia, dado que a otro ponente le corresponde la tarea de analizar el punto de vista de la acción *contra* los grupos, especialmente en la forma de la tutela jurisdiccional (estatal) contra actos de "justicia interna" de las asociaciones privadas.<sup>1</sup> En estrecha conexión con el problema del acceso de los grupos sociales a la justicia deberá, en cambio, extender inevitablemente la investigación al problema más general de la representación y defensa en el proceso de intereses "colectivos" (o "difusos", o de

jurídica —con la consiguiente posibilidad de ser titular de *sus propios derechos* y de poder accionar para la tutela de éstos— sino el problema de saber si los cuerpos intermedios pueden también ser portadores (y obrar jurídicamente para la tutela) de *intereses colectivos, de grupos, de categorías*, o sea de aquellos intereses que constituyen la verdadera razón de ser de las formaciones sociales.

La segunda preocupación concierne a la individualización de aquellas formaciones sociales (Nicolò Lipari) y de aquellos intereses colectivos (Michele Giorgianni; G. Pugliese) que siendo relevantes para nuestro discurso, sean susceptibles de asegurar a este discurso una coherente unidad. Reconozco, obviamente, que no todas las formaciones sociales y no todos los intereses colectivos tienen una directa relevancia constitucional; pero, el art. 2º de la Constitución contiene un precepto que no está en absoluto limitado a las formaciones sociales "típicas", o sea de *relevancia constitucional* (como la familia, las iglesias, los partidos, los sindicatos), así como el art. 24 de la Constitución no se limita en absoluto a garantizar "acceso a la justicia" en las situaciones jurídicas, individuales y colectivas, *garantizadas por la Constitución* (por ejemplo, aquéllas a las que se refieren los artículos 9º y 32 de la Constitución; v. *infra*, nota 10). De donde se sigue que también las formaciones atípicas, como un grupo de consumidores, y expectativas jurídicas no relevantes constitucionalmente, como la protección contra los actos de concurrencia desleal, pueden sin embargo estar comprendidas en el cuadro de los artículos 2º y 24. En cuanto a la posibilidad de un análisis coherentemente unitario para formaciones e intereses tan diversos, ello parece seguro desde el punto de vista del tema tratado en esta ponencia, porque el problema del acceso a la justicia se plantea con características esencialmente análogas para cada tipo de intereses colectivos y de formaciones sociales, como creemos emerge con claridad de toda la ponencia.

No caeremos en las redes del juspositivismo dogmático, según el cual debemos *primero*, buscar en los "textos" (ordinarios o constitucionales) la solución y *después*, esperar la verificación de un fenómeno o suceso que se deba "colocar" en el texto.

Nuestra interpretación no parte de los textos, sino de los fenómenos de la realidad. La realidad de hoy nos pone frente a formaciones sociales y a intereses de grupo quizá desconocidos o ignorados en 1942 o aún en 1947. Sin embargo, partiremos de estos datos reales —y del análisis de sus exigencias concretas y actuales— para entender los textos, porque consideramos que la interpretación del jurista debe esforzarse por ser más bien una realista *adaequatio intellectus ad rem* que una absurda *adaequatio rei ad intellectum*.

<sup>1</sup> Además de la ponencia de P. Barile para el Congreso de Florencia (*supra*, nota \*), puede consultarse este tema especialmente en los conocidos estudios de P. Rescigno, en *Persona y Comunidad*, Bolonia, El Molino, 1966, en particular las páginas 24-28, 116-117, 122-36, 241-44, y la amplia bibliografía allí citada; v. a continuación también a F. Galgano, *De las asociaciones no reconocidas y de los comités* (Comentarios del Código Civil, a cargo de A. Scialoja y G. Branca), Bolonia, Zanichelli, 1972, p. 161 ss.; N. Trocker, *Proceso civil y Constitución*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 245-50, 696-98, con ulteriores referencias.

"grupo"), cuando tal representación y tal defensa puedan, de vez en cuando, ser asumidas, antes que por formaciones sociales, por individuos singulares (como puede suceder, por ejemplo, en las *class actions* de los países del *Common Law*) o por órganos públicos (por ejemplo, por el ministerio público en Italia o en Francia, o por el *ombudsman* de los consumidores en Suecia, en Noruega y en Dinamarca).<sup>2</sup>

2. "La teoría de la acción judicial ha sido elaborada en el siglo XIX desde una perspectiva liberal e individualista. Era normal, por consiguiente, que la multiplicación de los grupos sociales de todo tipo, que es la característica de nuestras economías modernas, trajera consigo numerosos problemas de adaptación".<sup>3</sup> Estas dos frases de Roger Perrot, el conocido procesalista francés, contienen un franco reconocimiento (tanto más interesante cuanto provienen de un jurista bastante sensible a los llamados del individualismo liberal) de la profunda metamorfosis, y me atrevería a decir una verdadera y propia revolución, en curso en el campo del derecho judicial civil. Me propongo examinar en este trabajo algunas causas político sociales y las principales manifestaciones jurídicas de tal revolución,<sup>4</sup> que se presenta con variados aspectos y acentos diversos, pero con una profunda unidad de caracteres, en todos los países modernos.<sup>5</sup> aunque es necesario reconocer *in limine* que en nuestro país ella se manifiesta en forma aún atenuada y con graves retardos, no obstante las importantes vías abiertas por la Constitución republicana.

3. No es menester ser sociólogo de profesión para reconocer que la sociedad (¿o usamos la ambiciosa palabra civilización?) en la cual vivimos, es una sociedad, o civilización, de producción masiva, de intercambio y de consumo masivo, ciertamente también de conflictos o conflictualida-

<sup>2</sup> V., por ejemplo, Ulf Bernitz, *La protection des consommateurs en Suède et dans les pays nordiques*, en *Revue internationale de droit comparé*, 26, (1974), pp. 543, 563-64.

<sup>3</sup> Roger Perrot, *L'action en justice des syndicats professionnels, des associations et des ordres professionnels*, en *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae, Sectio Juridica*, (Budapest, 1969), pp. 99-106; v. también Henry Solus & Roger Perrot, *Droit judiciaire privé*, I, París, Sirey, 1961, p. 105.

<sup>4</sup> Es una revolución cuyos primeros destellos fueron señalados hace ya setenta años atrás por Mortara en Italia: v. la frase escogida como encabezamiento de este estudio en L. Mortara, *Para la reforma de la ley sobre los árbitros de las sociedades*, en *Jurisprudencia Italiana*, 1904, IV, col. 25, 30-21.

<sup>5</sup> Para un estudio más detallado de algunos aspectos del tema tratado en esta ponencia, v. nuestra ponencia general sobre "*The role of the Ministère Public, la Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation*", presentada al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, Octubre de 1974), ahora publicada en las pp. 5-153 del volumen M. Cappelletti & J. A. J-łowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milán-Dobbs Ferry, Nueva York, Giuffrè-Oceana Publications, 1975.

des masivas (en materia de trabajo, de relaciones entre clases sociales, entre razas, entre religiones, etcétera). De allí deriva que las situaciones de la vida que el derecho debe regular, han llegado a ser cada vez más complejas, mientras que, por su parte, la tutela jurisdiccional —la “justicia”— es invocada no ya sólo contra violaciones de carácter individual, sino siempre más a menudo también por aquéllas de carácter esencialmente colectivo, en cuanto abarcan grupos, clases, colectividades. Se trata, en otras palabras, de “violaciones masivas”.

En realidad, la complejidad de la sociedad moderna, con el complicado desarrollo de las relaciones económicas, da lugar a situaciones en las cuales determinadas actividades pueden traer perjuicios a los intereses de un gran número de personas, que hacen surgir problemas ignorados por el litigio meramente individual. Falsas informaciones divulgadas por una sociedad anónima pueden perjudicar a todos los poseedores de acciones; actividades monopolísticas o de concurrencia desleal por parte de grandes sociedades comerciales, pueden dañar los intereses de todos los empresarios competidores; un patrón que no observa la cláusula de un contrato colectivo, puede violar los derechos de todos sus dependientes: detritos contaminantes arrojados en un río dañan a los ribereños y a todos aquellos que quieren gozar de las aguas no contaminadas de aquel río; el embalaje defectuoso y no higiénico de un artículo de amplio consumo perjudica a todos los consumidores de aquel bien. El riesgo de tales lesiones, que afecta simultáneamente a numerosos individuos o categorías enteras de personas, constituye un fenómeno cada vez más vasto y frecuente en las sociedades industriales. Las personas perjudicadas se encuentran a menudo en una situación inadecuada para obtener la tutela contra el perjuicio sufrido individualmente: ellas pueden incluso ignorar sus derechos; o bien sus pretensiones individuales pueden ser muy limitadas para inducirlas a accionar, y el riesgo de incurrir en grandes costos procesales puede ser desproporcionado respecto al resarcimiento eventualmente obtenible.

Pensamos, especialmente, en otro fenómeno típico de nuestra época, fenómeno que incide cotidianamente sobre la calidad de nuestra vida, y que podrá incluso revelarse como determinante para la sobrevivencia de la civilización humana: el megaló-urbanismo, la megalópolis que es ya una realidad y la ecumenópolis, o ciudad universal, que se perfila sobre el horizonte de un mañana próximo.<sup>6</sup> Analizando este fenómeno en un

<sup>6</sup> Sobre este fenómeno v., por ejemplo, las estimulantes e impresionantes meditaciones de Arnold Toynbee, *Cities on the Move*, Londres, Oxford University Press, 1970, y de Lewis Mumford, *The City in History*, 1961, (Penguin Books, 1966).

libro reciente, el gran historiador inglés Arnold Toynbee formula una admonición que podría ser una profecía.

Este desarrollo... forma parte de un fenómeno que tiene un carácter universal. En todos los continentes las megalópolis se están refundiendo, formando así la ecumenópolis, que como su nombre lo indica, tiende a conglomerar en una única ciudad toda la superficie terrestre.

La cuestión planteada no es si la ecumenópolis llegará a ser una realidad, sino más bien si su creador, el género humano, será su señor o su víctima. ¿Estaremos nosotros en condiciones de hacer de la inevitable ecumenópolis un tolerable habitat para el hombre?<sup>7</sup>

Y bien, parece claro que en el cuadro de estos nuevos, gigantescos fenómenos sociales, tan fascinantes cuanto peligrosos si no son rápidamente dominados por el hombre, el derecho, instrumento de orden de la sociedad, debe asumir tareas y dimensiones hasta ahora ignorados. Las actividades y las relaciones se están refiriendo siempre más a menudo a categorías enteras de individuos y no sólo a algún individuo en particular.<sup>8</sup> Los derechos y los deberes no se presentan más, como en los códigos tradicionales de inspiración individualista-liberal, a la manera de derechos y deberes esencialmente individuales, sino metaindividuales y colectivos. Este fenómeno, que aparece primero en forma tímida y esporádica en ciertas legislaciones especiales —sobre todo a partir de las primeras leyes especiales en materia de relaciones de trabajo, hacia el fin del siglo pasado—, se ha ido generalizando a tal punto que hoy no existe ni constitución democrática moderna ni declaración internacional de los derechos del hombre que no inserte en el catálogo de las libertades fundamentales derechos y deberes “sociales” y “colectivos”.<sup>9</sup>

En particular, el derecho al ambiente natural y al respeto de las bellezas monumentales, el derecho a la salud y a la seguridad social, el derecho a no ser aplastado por un caótico desarrollo urbanístico, por una mixtificadora publicidad comercial, por fraudes financieros, bancarios, alimenticios, o por discriminaciones sociales, religiosas o raciales, todos estos derechos que ahora encuentran un lugar en cada legislación progre-

<sup>7</sup> Toynbee, *op. cit. supra*, nota 6, p. 196.

<sup>8</sup> V. por ejemplo A. Proto Pisani, *Apuntes sobre las relaciones entre los límites subjetivos de eficacia de la sentencia civil y la garantía constitucional del derecho de defensa*, en *Revista Trimestral de Derecho y Procedimiento Civil*, 1971, pp. 1216, 1238-39, 1245.

<sup>9</sup> V. por ejemplo nuestro trabajo *Los derechos sociales de la libertad en la en la concepción de Piero Calamandrei*, en M. Cappelletti, *Proceso e ideología*, Bolonia, El Molino, 1969, pp. 511-24.

sista,<sup>10</sup> tienen un carácter “difuso”, pertenecen a la colectividad. Continuar, según la tradición individualista de rasgos decimonónicos, remitiendo tales derechos exclusivamente a individuos singulares —por ejemplo, al propietario limítrofe en el caso de construcciones ilegales o al adquirente personalmente perjudicado en el caso de falsificaciones alimenticias perpetrados en gran escala por un productor— significaría hacer imposible una efectiva protección jurídica de aquellos derechos, precisamente en el momento en el cual ellos emergen como elementos siempre más esenciales para la vida civilizada. Frente al afeamiento, por ejemplo, de la espléndida colina florentina, yo, ciudadano aislado, estoy reducido prácticamente a la impotencia. El valor en juego es colectivo y debe existir, por consiguiente, la posibilidad de construir *tipos nuevos de tutela*, no dejados simplemente al interés material o al estímulo de la iniciativa individualista. Precisamente la búsqueda de estos nuevos tipos de tutela es, a mi juicio, lo que más profundamente está caracterizando la evolución del derecho judicial en la época contemporánea.

4. Los intereses colectivos, si bien constituyen una realidad innegable y mayoritaria de las sociedades de hoy, escapan, sin embargo, a definiciones precisas y se sustraen a los esquemas tradicionales a los cuales nosotros los juristas y, en especial, nosotros los procesalistas, hemos estado habituados.

Se trata, por sobre todas las cosas, de intereses (si puedo expresarme con una fórmula pirandelliana) *en busca de autor*. ¿Quién puede ser el paladín o tutor de esos intereses? Específicamente, ¿quién está legitimado (o, en la terminología anglo-americana, quien tiene *locus standi* o *standing*) para representarlos y defenderlos en juicio? Se plantea, en suma, el problema de saber si hay, y cuál es, la “justa parte”, o sea la parte legitimada para accionar en un proceso que verse sobre tales intereses.

Tradicionalmente, aunque quizás no siempre de una manera consciente, el problema de la legitimación para accionar en el proceso civil ha sido resuelto sobre la base de la neta división entre lo que es “público” y lo que es “privado”, según lo cual por público (de *populus*) se entiende lo que está reservado al pueblo o al Estado (*res publica*), mientras que

<sup>10</sup> Sobre la afirmación, por ejemplo, de la existencia en el derecho italiano de un “derecho constitucional de la preservación del ambiente, que tiene una base normativa en los artículos 9° y 32 de la Constitución”, v. últimamente M. Comporti, *Responsabilidad civil por daños de contaminación* en el volumen *Técnicas jurídicas y desarrollo de la persona* (editado por N. Lipari), Bari, Laterza, 1974, pp. 349, 354, con sus referencias. En especial, sobre el derecho a la salud v., en resumen, C. Mortati, *La tutela de la salud en la Constitución italiana*, en *Antología de escritos*, III (*Problemas de derecho público en la actual experiencia constitucional republicana*), Milán, Giuffrè, 1972, pp. 433-46.

por privado se entiende lo que pertenece a la libre disponibilidad del individuo que es su "titular".

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

a. El proceso civil comprende, por lo general, situaciones privadas individuales; *ergo*, la parte legitimada o justa parte será, precisamente, el sujeto privado que es (o afirma serlo) titular (o legítimo representante del titular) de las situaciones jurídicas deducidas en juicio;<sup>11</sup>

b. Por el contrario, el proceso penal comprende un interés público, o sea el Estado; *ergo*, la parte legitimada para accionar será una parte pública, representante precisamente del interés del Estado. En concreto, en los países de influencia francesa esta parte pública será normalmente el ministerio público.<sup>12</sup> Nace así la idea del monopolio del ejercicio de la acción penal por el ministerio público.<sup>13</sup> E incluso cuando, excepcionalmente, también en el proceso civil se encuentra un elemento "público"—como en las acciones matrimoniales o de estado—, se tiende a reconocer legitimación para accionar o, al menos, para intervenir, al ministerio público, precisamente, en cuanto representante del Estado, que es "titular" del derecho público.

!*Tertium non datur*; Entre "público" y "privado" hay un profundo abismo, una *mighty cleavage* como ha dicho un conocido jurista inglés,<sup>14</sup> Entre los dos términos de la *summa divisio* no se divisan puntos de unión: la dicotomía parece tener un carácter exclusivo, como un *aut aut* que no admite pluralismos.

En efecto, son todavía rarísimas en el derecho positivo italiano, que para nuestros fines puede asumir un papel paradigmático, las normas que permiten superar aquella dicotomía, atribuyendo a sujetos o a grupos

<sup>11</sup> Cfr., en el lugar de tantos, Solus & Perrot, *op. cit. supra*, nota 3, p. 249; Código de Procedimiento Civil italiano, art. 81. Sólo en casos del todo excepcionales, expresamente previstos por la ley, se pueden dar formas de la llamada "legitimación extraordinaria" o "anómala", o sea una persona podrá obrar en juicio para la tutela de un derecho ajeno, aunque no sea el legítimo representante de este sujeto. V. por ejemplo P. Calamandrei, *Obras jurídicas* (editadas por M. Cappelletti), IV, Nápoles, Morano, 1970, pp. 131-33, 477-81; Solus & Perrot, *cit.*, pp. 216, 252.

<sup>12</sup> Cfr. por ejemplo Luc. Bihl, *L'action "syndicale" des associations*, en *Gazette du Palais. Doctrine*, 93 (1973), pp. 523, 524-25 (donde se lee, entre otras cosas, que "l'Etat, représenté par le ministère public, est la seule collectivité admise par un droit pénal profondément enraciné dans l'individualisme". [N. del T. "el Estado, representado por el Ministerio Público, es la única colectividad admitida por un Derecho Penal profundamente enraizado en el individualismo.]

<sup>13</sup> Cfr. *id.*, pp. 525-26.

<sup>14</sup> T. E. Holland, citado en J. H. Merryman, *La tradición del Civil Law en el análisis de un jurista del Common Law*, Milán, Giuffrè, 1973, p. 138.



el poder de accionar en juicio civil,<sup>15</sup> no para la tutela de un derecho del cual son (o afirman serlo) personalmente titulares, sino para un interés más o menos claramente configurado como colectivo o de categoría. Entre esos pocos ejemplos pueden recordarse las normas que prevén una forma de "legitimación por categoría" de algunos miembros del cuerpo familiar en tutela de intereses de la familia (artículos 117, 417 del Código civil),<sup>16</sup> aquellas que permiten (o permitirán) una "acción

<sup>15</sup> Lo mismo vale para la justicia administrativa; v. la óptima ponencia (en prensa) de F. G. Scocca para el Congreso de Pavia mencionada *supra*, nota \*, en la cual se recuerda, entre otras cosas, como, "exceptuadas las hipótesis (taxativas) de acción popular", el recurso ante el juez administrativo "es admitido... únicamente para la tutela de un interés propio, individual, que sea además actual, o sea que exista en ese momento" (*op. ult. cit.*, § 5 de la ponencia). No es mejor la situación en el proceso penal donde, además de la imposibilidad de poner en movimiento el proceso sin la iniciativa del ministerio público, (v. *infra* § 10, texto y notas 52-54), incluso la constitución como parte civil en el proceso iniciado encuentra límites análogos a aquéllos del proceso administrativo, siendo "la jurisprudencia y la doctrina italianas... decididamente hostiles a la constitución como parte civil de las formaciones sociales" y en general a la tutela de intereses colectivos mediante tal constitución. V. sobre este tema la amplia y profunda comunicación de Paolo Tonini al Congreso de Florencia, *supra* nota \*, intitulada *Las formaciones sociales (artículo 2º constitucional) y la acción civil en el proceso penal*. § 2 y siguientes de la comunicación.

El derecho italiano es, en cambio, bastante liberal (por cierto, más que el derecho alemán y francés: v. *op. cit. supra*, nota 5, p. 120, texto y notas 327-29; *infra*, nota 87) al atribuir, aún a asociaciones no reconocidas y a otros entes carentes de personalidad jurídica, el derecho de accionar para la tutela de los derechos de los que son directamente titulares (Código Civil, artículos 36, párrafo 2º, 41, párrafo 2º, 1131, 2266, 2297-98; Código de Procedimiento Civil, artículo 75, párrafo 4º); v. en general y por todos, Galgano, *op. cit. supra*, nota 1, p. 112 ss.; R. Poggeschi, *Las Asociaciones y los otros grupos con autonomía patrimonial en el proceso*, Milán, Giuffrè. 1951, pp. 179 ss. Pero, si es verdad que ello hace posible la acción en el juicio aun a ciertas formaciones sociales que, como los partidos y los sindicatos "viven jure privato" (cfr., por todos, Rescigno, *op. cit. supra*, nota 1, pp. 4-5, 20-21, 24, 28 47-49, 139-91; *infra*, nota 22), es menester agregar de inmediato que esa acción está inserta en los esquemas tradicionales, o sea como poder de pedir la tutela jurisdiccional de derechos de los cuales el actor es (o afirma ser) personalmente titular (por ejemplo, en el caso de daños en los bienes patrimoniales que pertenecen a un partido o sindicato). V., para la analogía con Alemania, *op. cit. supra*, nota 5, pp. 120-21, nota 329.

<sup>16</sup> V. en general P. Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, en *Obras jurídicas*, IV, cit. *supra*, nota 11, p. 133, además de la comunicación de Germain al Congreso de Florencia (*supra*, nota \*). Otros casos en los que el miembro de una familia puede comparecer en juicio por el interés del grupo son la acción para la tutela del nombre de la familia (artículo 8º del Código Civil) y la acción para alejar del sepulcro familiar los restos de personas extrañas a la familia (v. F. Messireo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, 9ª ed., II, Milán, Giuffrè 1965, p. 693). A diferencia de lo que ocurre en Francia, son desconocidos en Italia casos de acción judicial ejercida por "asociaciones familiares" nacidas para la tutela del interés colectivo de las familias. V. en cambio para Francia, por ejemplo, a Bihl, *op. cit. supra*, nota 12, pp. 524, 525 (a las

asociativa" o *Verbandkslage* en materia de concurrencia desleal (artículo 2601 del Código civil, que representa una de las raras aplicaciones particulares del principio enunciado por el artículo 2907, párrafo 2º del Código),<sup>17</sup> aquellas que permiten a los condóminos disidentes, a los socios ausentes y a los derechohabientes impugnar con eficacia *erga omnes* las deliberaciones de las asambleas del condominio (artículo 1137 del Código civil) o en la sociedad anónima (artículos 2377, 2378, 2416 y 2417 del Código civil), y similarmente en las sociedades en comandita por acciones (artículo 2464 del Código civil) y de responsabilidad limitada (artículo 2468 del Código civil),<sup>18</sup> aquellas que permiten (o deberían permitir)

*Unions départementales d'associations familiales* una ley francesa de 1946 atribuye legitimación para accionar para "la réparation du préjudice même indirect causé par une infraction aux intérêts matériels et moraux des familles": [N. del T. "para la reparación de perjuicios, aun indirectos, causados por una infracción a los intereses materiales y morales de las familias"]. Bihl, p. 524).

<sup>17</sup> V. sobre este tema la comunicación de Trocker, *supra*, nota \*. El autor pone de relieve, con un fuerte análisis crítico, el carácter meramente "individualista" y "empresarial" de la regulación vigente de la concurrencia desleal, dirigida a la tutela del empresario, pero no del consumidor; por otra parte, él se inserta en una nueva pero creciente tendencia doctrinal (G. Ghidini, P. G. Jäger, N. Lipari; v. también una referencia en Proto Pisani, *op. cit. supra*, nota 8, pp. 1251-52), aunque desgraciadamente no penetra todavía sino esporádicamente en la jurisprudencia (por ejemplo, Tribunal de Milán, 14 de diciembre de 1967, en *Mon. Trib.*, 1968, p. 283 s.), la que pretende "recuperar en el interior de la regulación de la concurrencia desleal la relevancia (y la tutela) de los intereses de los consumidores", fundándose también en la aplicación directa del artículo 41, párrafo 2º, de la Constitución, según el cual la iniciativa económica privada "no puede desenvolverse en contraste con la utilidad social". Trocker pone también en contraste la atrasada situación italiana con la alemana, bastante más avanzada especialmente después de la ley de 21 de julio de 1965 (que ha atribuido legitimación para accionar para la represión de la concurrencia desleal también a las asociaciones de consumidores, v. *infra*, § 11) y la ley de 26 de junio de 1969 (que ha reformado la regulación de la concurrencia desleal precisamente con la intención de garantizar una tutela más adecuada de los intereses de los consumidores). Por lo que concierne al derecho italiano, es esbozada la hipótesis, por cierto nada injustificada, de la inconstitucionalidad del art. 2061 del Código Civil, "en la parte en que no admite obrar en juicio a los consumidores" (sea como particulares, sea como grupos).

<sup>18</sup> V. por ejemplo las intervenciones de A. Proto Pisani y de G. Constantino en el Congreso de Pavia (*supra*, nota \*), publicadas en *Derecho y Jurisprudencia*, 1974, pp. 801-27, especialmente las pp. 802, 822-23; y aun Proto Pisani, *op. cit. supra*, nota 8 pp. 1245-48. En general, v. F. Carpi, *La eficacia "ultrapartes" de la sentencia civil*, Milán, Giuffrè, 1974, especialmente la p. 143 ss.

Sobre la posibilidad, extremadamente limitada en el derecho positivo italiano, para el accionista de tener "acceso a la justicia" en el caso de responsabilidad de los administradores civiles (Código Civil, arts. 2393, 2409), v. *op. cit. supra*, nota 5, pp. 108-09, nota 303. Tal limitación excesiva se encuentra también en Alemania, pero no en los Estados Unidos y en Inglaterra (donde son bastante frecuentes las *shareholder's derivative actions*, consideradas como un tipo ulterior de acciones privadas en el interés colectivo, v. *op. et loc. ult. cit.*) y menos aún en Francia (v. Solus & Perrot, *op. cit. supra*, nota 3, p. 259 s.)

una acción "popular" en materia electoral<sup>19</sup> y en materia de construcciones,<sup>20</sup> aquellas, en fin, que permiten una acción "sindical" en ciertas controversias del trabajo.<sup>21</sup> Se trata, en sustancia, de excepciones no solamente raras, sino además, en la práctica (salvo en materia sindical), de poco relieve, y que vienen precisamente a confirmar la regla y la concepción antes indicada.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> V. en general el profundo estudio de D. Borghesi, *Derecho subjetivo y acción popular en la ley de 23 de diciembre de 1966*, n. 1147, en *Revista Trimestral de Derecho y Procedimiento Civil*, 1972, pp. 542-627; Carpi, *op. cit. supra*, nota 18, p. 99 ss.

<sup>20</sup> Artículo 10, párrafo 9º, de la ley de 6 de agosto de 1967, n. 765 (v. también la disposición análoga contenida en el Artículo 13, último párrafo, de la ley regional para la Lombardía, 19 de agosto de 1974, n. 48). Remito este tema, además de a la ponencia de Scocca, *cit. supra*, nota 15, § 6-7, a la comunicación de L. Zanuttigh, *supra* nota \*; v. también Carpi, *op. et loc. ult. cit.* Ciertamente, debe condenarse la jurisprudencia restrictiva del Consejo de Estado en la interpretación y aplicación de la disposición citada (a partir del conocido pronunciamiento n. 523 de 9 de junio de 1970, publicado por ejemplo en *Jurisprudencia italiana*, 1970, III, col. 193, con nota de E. Guicciardi). Esta jurisprudencia, áspidamente criticada en doctrina, no solamente es contraria a la letra de la ley (clara en el sentido de querer introducir una *actio popularis* contra las resoluciones ilegítimas de concesión de licencias edilicias), sino también está en contradicción con aquella gran tendencia evolutiva universal, que será puesta en manifiesto en la presente ponencia.

<sup>21</sup> V. *infra*, texto y notas 91 y 92.

Por cierto, ya bajo el pasado régimen corporativo varios entes estaban legitimados oficialmente para hacerse representantes —y quizás representantes exclusivos, poco sucedió también en Francia bajo el régimen de Vichy (v. Jacques Audinet, *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 53 (1955), pp. 211, 231— de toda una categoría. Pero, el fenómeno no escapaba a la rígida regla dicotómica indicada por nosotros. En efecto, se trataba de entes de *derecho público* (si no, incluso, de órganos del Estado); ellos eran, en suma, nada menos que la *longa manus* del Estado, y la representación, por parte de ellos, de intereses de categorías no escapaba al *aut aut* público-privado. La única diferencia estaba constituida por el hecho de que, en vez de estar confiada al órgano de tutela *general* de los intereses públicos —el Ministerio Público—, la tutela de aquellos intereses estaba confiada a órganos *especiales*, pero siempre públicos, una suerte de *Ministerio Público especial o especializado* (sobre este fenómeno v. en general *infra*, 8). Cfr. sobre el particular la óptima comunicación de Borghesi al Congreso florentino (*supra*, nota \*). En general, sobre el repudio del principio pluralista en el Estado totalitario v. Rescigno, *op. cit. supra*, nota 1, pp. 23, 40-41 *et passim*.

<sup>22</sup> En cuanto a las comunidades religiosas, debo a la cortesía del colega Francesco Onida las informaciones que no son conocidos casos de acciones por parte de esas comunidades para la tutela de intereses colectivos. Lo mismo se dice para otros "cuerpos intermedios" de relieve constitucional, como las escuelas y los partidos políticos, a propósito de los cuales quizás el único episodio de alguna relevancia está constituido por un decreto del pretor de Roma de 7 de mayo de 1974 (publicado en *Foro italiano*, 1974, I, col. 3227-28), emitido para acoger un recurso del Partido Comunista en defensa de sus símbolos y de su uso correcto con ocasión del referéndum sobre el divorcio. Es dudoso que se puede divisar en esta decisión (y en cualquiera otra similar de la misma época, de la cual ha-

Pero, esta regla y esta concepción, profundamente radicadas aún (y no sólo en Italia) en muchas normas, principios e instituciones procesales, se muestran siempre menos aceptables. La *summa divisio* aparece irremediablemente superada por la realidad social de nuestra época, que es infinitamente más compleja, más articulada, más "sofisticada" que aquella simplificadora dicotomía tradicional. Nuestra época, lo hemos visto ya, lleva prepotentemente a la escena nuevos intereses "difusos", nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, sin embargo son "colectivos": nadie es titular de ellos, al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un determinado grupo, clase o categoría son sus titulares. ¿A quién pertenece el aire que respiro? El antiguo ideal de la iniciativa procesal monopolísticamente centralizada en las manos del único sujeto a quien el derecho subjetivo "pertenece", se demuestra impotente frente a derechos que pertenecen, al mismo tiempo, a todos y a ninguno. Y bien, es precisamente la lucha por estos derechos —la lucha, continuando con el ejemplo aquí dado, por el aire no contaminado—, la que expresa una de las máximas exigencias de los sistemas jurídicos contemporáneos. La negativa de la "justiciabilidad" de las situaciones jurídicas difusas o colectivas, una negativa todavía hoy muchas veces pronunciada por los tribunales italianos y de muchos otros países,<sup>23</sup> es la lógica, coherente conclusión de la concepción de la acción como demanda de tutela de un derecho *del cual el actor es, o afirma serlo, titular*. Tal negativa es, sin embargo, al mismo tiempo, una ofensa a las más vitales exigencias de la realidad contemporánea exigencia que nuestra Constitución a menudo expresa en términos de libertades fundamentales.

5. Derogando el abstracto rigor de la premisa conceptual, que no admi-

blaron los periódicos) un reconocimiento implícito de la legitimación de los partidos para accionar en defensa de los intereses de la colectividad de sus militantes.

También es extremadamente restrictiva la jurisprudencia en Italia, a diferencia de Francia (v. Solus & Perrot, *op. cit. supra*, nota 3, pp. 240-41; Perrot, *op. cit. supra*, nota 3, pp. 105-06) en lo que concierne a la posibilidad de una acción civil (como también a la constitución de parte civil en el proceso penal) de las órdenes profesionales para la tutela de los intereses de la categoría o profesión. V. Cas., Sec. Un. Civ., 30 de noviembre de 1966, n. 2808, en *Giustizia Civile*, 1967, I, p. 206; Pretura de Turín, 19 de octubre de 1960, en *Revista italiana de Derecho y Procedimiento Penal*, 1961, p. 189 (con nota de I. Caraccioli); Pretura de Moncalieri, 24 de febrero de 1964, en *Jurisprudencia italiana*, 1964, II, col. 169; pero cfr. Pretura de Nápoles, 27 de febrero de 1970, en *Foro Napolitano*, 1970, II, p. 1. V. también sobre este tema a Tonini, *op. cit. supra*, nota 15, §§ 2b, 8 b.

<sup>23</sup> Para algunos ejemplos típicos recientes v. nuestra *op. cit. supra*, nota 5, p. 123 nota 340 (Alemania); Consejo de Estado, decisión de 14 de julio de 1972, n. 475, en *Foro italiano*, 1972, III, col. 269 (Italia) (con una vigorosa nota crítica de A. Romano).

tiría tutela jurisdiccional sino en virtud de demanda del "titular" del derecho subjetivo deducido en juicio, muchos ordenamientos han comenzado a abrir, si bien lentamente,<sup>24</sup> las puertas de la justicia a los intereses colectivos, o algunos entre ellos. Pero, también en este caso la viscosidad de los viejos esquemas conceptuales no ha cesado de manifestarse.

En efecto, si bien superando las tesis más conservadoras que niegan *tout court* la justiciabilidad de los intereses colectivos, a menudo se ha colocado tal justiciabilidad dentro de límites que todavía reflejan los esquemas de la dicotomía tradicional "público-privado". Y así ha sido considerada "justa parte" legitimada para accionar, o el individuo directamente perjudicado por un acto que lesione un interés colectivo *en cuanto agente para obtener la reparación del solo daño sufrido por él personalmente*, o el Estado y, en concreto, el ministerio público, *en cuanto agente del interés general de la colectividad*. Una y otra solución han sido frecuentemente propuestas y experimentadas; desafortunadamente, ambas soluciones revelan los vicios que derivan del carácter artificioso e irreal de la *summa divisio* en el cual permanecen radicadas.

Insuficiente es, ante todo, la primera solución. El individuo "personalmente lesionado", legitimado para accionar exclusivamente para la reparación del daño sufrido por él, no está en condiciones de asegurar, ni a sí mismo ni a la colectividad, una adecuada tutela contra violaciones de intereses colectivos; él no está en condiciones, sobre todo, de monopolizar tal tutela, la que asume características del todo particulares y una importancia desconocida hasta ahora en la historia del derecho. Tómese el caso del consumidor que debe protegerse contra violaciones producidas en serie, "en cadena", por una gran industria. El daño sufrido por él personalmente será, por lo general, muy exiguo para incitarlo a accionar contra un adversario tan potente; y en todo caso la eventual condena, limitada al daño sufrido por uno entre millares o millones de perjudicados estará privada de una consecuencia eficaz, preventiva o represiva, respecto del perjudicado y en ventaja de la colectividad. El consumidor aislado, por sí solo no acciona: si lo hace, es un héroe: sólo si está legitimado para accionar, no únicamente por sí mismo, sino por todo el grupo del cual es miembro, tal "héroe" podrá sustraerse al ridículo destino de Don Quijote, en una tan vana cuanto patética lucha contra los molinos de viento. Los héroes de hoy no son más, por desgracia, los ca-

<sup>24</sup> Me remito a la comunicación de V. Denti (*supra*, nota \*) que contiene un fino y desprejuiciado análisis de las razones por las cuales las estructuras procesales y los ordenamientos judiciales tienden a cristalizarse, oponiéndose tenazmente a las adaptaciones requeridas por las transformaciones de la sociedad, y negando así el "acceso a la justicia" a los grupos sociales que no son, o aún no son, dominantes.

balleros errantes de la Edad Media, prestos a batirse en singular combate contra el prepotente en favor del débil y del inocente. Los héroes de hoy son más bien los Ralph Nader, son los Martin Luther King: son aquellos que saben organizar sobre el plano de la lucha de grupo la defensa de intereses difusos, colectivos, meta-individuales, logrando doblegar las tradicionales estructuras individualistas de tutela —entre ellas aquellas judiciales— frente a las nuevas necesidades típicas de las modernas sociedades “de masa”.

6. Volveré más tarde sobre esta necesidad de una profunda transformación de las estructuras judiciales de tutela. Me urge agregar aquí que, no menos que la primera, también la segunda solución —aquella de confiar la defensa de los intereses colectivos al ministerio público (o a otras “partes públicas” análogas, como el *attorney general* en los países del *Common Law* o a la *Prokuratura* en los países socialistas)— se ha demostrado del todo inadecuada. “Debemos admitirlo” —escribe un conocido autor belga, ex *Procureur Général*—, “... la pasividad (del ministerio público) en la defensa de los intereses colectivos es tal de estupefacer a menudo a aquéllos que la deben constatar.”<sup>25</sup> Los escritores franceses no son menos severos. “La experiencia ha probado suficientemente que... el ministerio público está habitualmente dispuesto a no accionar”, se lee en el *Recueil Dalloz Sirey* de 1972, con una referencia especial a las ofensas de difamación racial.<sup>26</sup> Y en 1970, en el mismo periódico, escribía otro autor respecto de las *ventes agressives*: “El ministerio público... no es propenso a asumir iniciativas en una materia tan extraña a las preocupaciones de la justicia tradicional”.<sup>27</sup> Otros escritores hacen las mismas reflexiones a propósito de la tutela del consumidor y del medio

<sup>25</sup> H. Bekaert, *La mission du ministère public en droit privé*, en *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, Bruselas-París, Bruylant-Sirey, 1963, p. 419, 441.

<sup>26</sup> J. Foulon-Piganiol, *La lutte contre le racisme*, en *Recueil Dalloz Sirey, Chronique*, 1972, pp. 261, 263; Cf. id., *Réflexions sur la diffamation raciale*, *ibidem*, 1970, p. 133; id., *Nouvelles réflexions sur la diffamation raciale*, *ibidem*, 1970,

<sup>27</sup> J. Calais-Auloy, *Les ventes agressives*, in *Recueil Dalloz Sirey, Chronique*, 1970, pp. 37, 39. V. también M. L. Rassat, *Le Ministère public enter son passé et son avenir*, París, Pichon et Durand-Auzias, 1967, pp. 220-21: “on sait... que le ministère public s'abstient souvent de poursuivre des infractions qui apportent un trouble léger à l'ordre public lorsque la mise en évidence de leurs éléments constitutifs est délicate. Il en est ainsi de presque toutes les infractions à la législation commerciale et, en particulier, à la réglementation des sociétés par action qui nécessitent, pour être révélées, des expertises comptables longues, compliquées et coûteuses, dont on préfère laisser la charge à la partie lésée”. [N. del T. “se sabe... que el Ministerio Público se abstiene frecuentemente de perseguir infracciones que comportan un ligero problema al orden público, cuando acreditan sus elementos constitutivos es delicado. Es así como casi todas las infracciones a la legislación comercial y, en particular, a la reglamentación de sociedades por acciones que necesitan, para ser probadas, de peritajes contables largos, complicados y costosos, se prefiere dejarlas a cargo de la parte lesionada”].

ambiente.<sup>28</sup> En Italia y en otros países, la doctrina más sensible llega a conclusiones, si es posible, aún más negativas.<sup>29</sup>

La incapacidad del ministerio público para hacerse paladín, en el proceso civil como también en el proceso penal, de estos intereses colectivos que emergen, no puede sorprender. En realidad, toda la historia multisecular del *Parquet* es tal, que conduce a excluir la posibilidad de una adaptación suya a esta nueva y extremadamente importante función. Por un lado, el ministerio público es muy similar al juez —*au dessus de la mêlée* (N. del T. “por encima de las pugnas”—<sup>30</sup> no siendo idóneo, cultural y psicológicamente, para convertirse en el dinámico paladín de intereses (económicos, religiosos, raciales, etcétera) de grupos, de comunidades, de clases. Como atestigua el *Procureur Général* de Lyon, J. Jegu, el magistrado del *Parquet* “*ne saurait être le porte parole d’une classe, d’un groupe de citoyens ou d’intérêts*” (N. del T. “no podría ser el portavoz de una clase, de un grupo de ciudadanos o de intereses”).<sup>31</sup>

Por otro lado, y no obstante los esfuerzos de la Constitución italiana que ha intentado sin pleno éxito romper una tradición multisecular, el ministerio público está siempre muy ligado al Ejecutivo y no es institucionalmente idóneo para erigirse en defensor de intereses, constitucionales o de otra naturaleza, que a menudo necesitan de protección contra los abusos perpetrados precisamente por órganos políticos y administrativos. Esto es tan cierto que, cuando en el siglo pasado el “Estado de derecho” quiso introducir un sistema de control judicial de los actos de la administración pública —un hecho de enorme importancia para la civilización jurídica, de la cual Francia ha sido la gran pionera— la iniciativa para tal control fue confiada a los sujetos privados, no al ministerio público—. Si

<sup>28</sup> V. por ejemplo M. Despax, *La défense juridique de l’environnement*, en *La Semaine Juridique, Juris-Classeur Périodique*, 44 (1970), I, n. 2359; Bihl, *op. cit. supra*, nota 12, pp. 527, 529.

<sup>29</sup> V. por ejemplo V. Vigoriti, *El Ministerio Público en el proceso civil italiano*, en esta *Revista*, 1974, pp. 296-320, especialmente las pp. 314-20.

<sup>30</sup> J. E. Krings *Le rôle du ministère public dans le procès civil en Rapports belges au IX<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, Bruselas, Etablissements Wieme, 1974, pp. 139, 166.

<sup>31</sup> J. Jegu, ponencia francesa sobre el tema “*Le rôle du Ministère public dans le procès civil*” en el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (*supra*, nota 5), p. 7 de la ponencia (no publicada aún); v. también Krings, *op. cit. supra*, nota 30, pp. 147, 165-66. La inadaptabilidad del *Parquet* a una “*partisan advocacy*” ha sido reconocida en la evolución histórica de la institución. Contrariamente a sus orígenes, por lo general la oficina del *Ministère public* no actúa como abogado del Estado o de otros entes públicos; cuando éstos son partes en un proceso, ellos al igual que cualquiera otra parte deben ser representados en el juicio por abogados normales (Francia, Alemania) o bien por un cuerpo especial de “abogados del Estado” que nada tiene en común con la oficina del Ministerio Público (Italia, España, Austria). V. las referencias comparatistas en *op. cit. supra*, nota 5, pp. 38-39, texto y notas 84-85.

bien en la justicia administrativa está innegablemente en juego, antes que nada, un interés público, el motor del control jurisdiccional de la administración pública ha quedado radicado en el interés del sujeto privado lesionado por el acto administrativo ilegítimo: en suma, es la parte privada la que, dentro de ciertos límites,<sup>32</sup> obra, como una suerte de *private attorney general*, de “ministerio público privado”, para usar una fórmula sobre la cual volvemos.<sup>33</sup>

Además, el ministerio público es una institución jerárquica y de carrera. Ello significa, en palabras pobres, que en esa institución se llega a los puestos de mando cuando se es anciano, después de haber vivido por muchos años en un mundo en cierto sentido aislado, una “categoría social” en sí misma. Por cierto, también los jueces —los “magistrados sentados”—, en Italia como en Francia y en Alemania y en general en la tradición de los países de *Civil Law*, son “de carrera”. Pero, mientras se ha ido acentuando, en la historia moderna y contemporánea, la autonomía orgánica y la independencia personal de los jueces, en cambio ha perdurado la relación de dependencia, aunque si no ilimitada, del Ejecutivo y la organización jerárquica del ministerio público. De allí deriva que, mientras podemos ver no poco frecuentemente al joven juez que, en sus decisiones, se “rebela” a la jurisprudencia de los tribunales superiores, falta en cambio habitualmente esta forma de pluralismo en el seno de la “magistratura de pie”. ¿Qué institución podría ser entonces menos idónea que el ministerio público para hacerse paladina de ideas, de intereses, de necesidades nuevas y no tradiciona'es?

Existe, por fin, el hecho, bastante importante, de la falta de especialización. Como el juez y como el abogado, el ministerio público está especializado en un solo campo: el derecho. En cuanto tal, el ministerio público estará, por lo general, suficientemente preparado para la persecución de delitos tradicionales, poco complejos y de carácter esencialmente individual, que giran en torno al trinomio hurto-robo-homicidio; estará también suficientemente preparado para representar en juicio civil ciertos intereses al igual tradicionales y de simple planteamiento, como la unidad de la familia o la integridad del estado de las personas. Pero, el ministerio público estará en cambio mal preparado para la persecución en juicio penal de delitos menos tradicionales, de carácter esencialmente colectivo, bastante más complejos, más difíciles de descubrir y de perseguir: delitos económicos perpetrados por bancos o sociedades anónimas en perjuicio de amplias categorías de pequeños ahorrantes o accionistas, monopolios abusivos, contaminaciones industriales; construcciones ilícitas;

<sup>32</sup> Límites que ahora han llegado a ser muy rígidos; v. nota 15, *supra*.

<sup>33</sup> V. § 13 *in fine, infra*.



falsificaciones alimenticias y publicitarias. Del mismo modo, el ministerio público estará mal preparado para una adecuada defensa y representación de los intereses civiles que están conectados con los mismos complejos fenómenos económicos, industriales, de construcción, porque esa representación y defensa implicaría conocimientos altamente especializados en materia contable, urbanística, ecológica, química, etcétera.

La experiencia belga, francesa e italiana, por un lado, y aquella de los países del *Common Law*, por el otro, son reveladoras. Desde 1881 en Bélgica, desde 1913 en Francia y desde 1942 en Italia, al ministerio público le ha sido reconocido un *droit d'action civile* general o, por lo menos, un derecho de intervención cada vez que él encuentre un elemento importante de *ordre public* o de *interés público* digno de tutela.<sup>34</sup> En lo que respecta a los países del *Common Law*, la idea de que el *attorney general* esté legitimado para instaurar procesos civiles, o para intervenir, como representante de un vagamente definido *public interest*, es aún más antigua.<sup>35</sup> *Ordre public* e interés público son, obviamente, conceptos vagos y flexibles, tanto más cuanto que al ministerio público y al *attorney general*, les está concedida una amplia discrecionalidad para su planteamiento en los casos concretos. Sin embargo, ha sido ampliamente demostrado que son excepcionales y, como quiera que sea, en su conjunto, del todo insuficientes, los casos en los cuales el ministerio público o el *attorney general*, aprovechando sus potencialmente amplísimos poderes, ha salido al campo en defensa de los intereses colectivos que han llegado a ser vitales en las sociedades modernas, como la protección de las libertades fundamentales de las minorías étnicas, políticas, religiosas, la salvaguardia del ambiente, la tutela del consumidor.<sup>36</sup> Dos recientes y significativas leyes francesas parecen traer consigo un explícito reconocimiento de la insuficiencia del ministerio público como tutor de este tipo de intereses: aludo a la *Loi Royer* de 27 de diciembre de 1973 y a la Ley de 1º de julio de 1972 contra los delitos raciales. Ambas leyes han debido abrir las puertas de la justicia a las asociaciones privadas para poder asegurar la eficaz tutela, respectivamente, del *intérêt collectif des consommateurs*<sup>37</sup> y de aquél de las minorías ra-

<sup>34</sup> V. las referencias en *op. cit. supra*, nota 5, pp. 43-46.

<sup>35</sup> V. *op. cit. supra*, nota 5, p. 69, texto y nota 170, y pp. 101-102, textos y notas 271-75.

<sup>36</sup> V. las referencias en *op. cit. supra*, nota 5, pp. 46-50, texto y notas 104-112 (Francia y Bélgica), pp. 51-53, texto y notas 113-20 (Italia), y pp. 69 texto y nota 171, 71-73 texto y notas 179-84, y 101-06 (países de *Common Law*). Adde Carpi, *op. cit. supra*, nota 18, p. 345, con cita a M. Vellani.

A conclusiones esencialmente análogas a aquéllas indicadas en el texto se ha llegado respecto de los países socialistas, no obstante los poderes aún más amplios, de acción y de intervención, de la *Prokuratura* en el proceso civil. V. *op. cit. supra*, nota 5, § 8, especialmente el texto y notas 145-59.

<sup>37</sup> Artículo 46 de la *Loi n. 73-1193* de 27 de diciembre de 1973 *d'orientation*

ciales.<sup>38</sup> Veremos dentro de poco que desarrollos análogos han tenido lugar en muchos otros países.

7. Dos hechos parecen haber sido establecidos con toda seguridad. Primero, que para una eficaz tutela de los intereses colectivos no es suficiente la legitimación del individuo directa y personalmente perjudicado, como agente para la tutela de su interés individual. Segundo, que es igualmente insuficiente consagrar la legitimación del representante oficial del interés público: el ministerio público o sus equivalentes: el *prokurator* en los países socialistas o el *attorney general* en los países de *Common Law*.

En efecto, el derecho comparado ha puesto en evidencia, con claridad, una nueva y gran tendencia evolutiva que lleva consigo, con infinitas variantes pero con una unidad de intentos y una analogía de instrumentos, soluciones más adecuadas del problema, que se han ido imponiendo en

*du commerce et de l'artisanat* (llamada "loi Royer") ("..... les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées a cette fin, exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. Un décret fixera les conditions dans lesquelles les associations de défense des consommateurs pourront être agréées après avis du ministère public, compte tenu de leur représentativité sur de plan national ou local. L'agrément ne peut être accordé qu'aux associations indépendantes de toutes formes d'activités professionnelles...") [N. del T. "las asociaciones regularmente constituidas que tengan por objeto estatutario explícito la defensa de los intereses de los consumidores pueden, si ellas han sido autorizadas para ese fin, ejercer ante todas las jurisdicciones la acción civil respecto de hechos que comporten un perjuicio directo o indirecto al interés colectivo de los consumidores. Un decreto fijará las condiciones conforme a las cuales las asociaciones de defensa del consumidor podrán ser autorizadas, previa opinión del Ministerio Público, teniendo en cuenta su representatividad sobre el plano nacional o local. La autorización no podrá ser concedida sino a las asociaciones independientes de cualquier clase de actividades profesionales"].

<sup>38</sup> Artículo 5-II de la *Loi* n. 72-546 de 1º de julio de 1972 "relative à la lutte contre le racisme".

*("Toute association, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant, par ses statuts, de combattre le racisme, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 24 (dernier alinéa), 32 (alinéa 2) et 33 (alinéa 3) de la présente loi. Toutefois, quand l'infraction aura été commise envers des personnes considérées individuellement, l'association ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de ces personnes")*.

[N. del T. "Toda asociación, regularmente constituida desde por lo menos cinco años a la fecha de los hechos, que se proponga, de acuerdo con sus estatutos, combatir el racismo, puede ejercer los derechos reconocidos a la parte civil en lo que concierne a las infracciones previstas por los artículos 24 (último párrafo), 32 (párrafo 2º) y 33 (párrafo 3º) de la presente ley. Pero, cuando la infracción haya sido cometida respecto de personas consideradas individualmente, la asociación no será admitida a accionar a menos que ella acredite haber recibido el consentimiento de esas personas"].

las sociedades contemporáneas. Tales soluciones se expresan esencialmente en los siguientes instrumentos jurídicos y procesales:

a) Institución de organismos públicos, en cierto sentido análogos al *Parquet*, pero altamente especializados, para la tutela (también) procesal de determinados intereses colectivos. Es la primera gran brecha en el monopolio del ministerio público como representante de intereses meta-individuales en el proceso.

b) Extensión de la legitimación para accionar a los sujetos privados —individuos y asociaciones— *no personalmente perjudicados*. Es la revolución del concepto de legitimación para accionar.

c) Extensión de los poderes del juez, quien no queda limitado a disponer la indemnización del *daño sufrido* por la parte que acciona, ni en general a dictar providencias que tienen una eficacia *limitada a las partes* presentes en el juicio. Por el contrario, el juez está autorizado para extender el ámbito de su providencia de modo de incluir *daño globalmente producido* por el demandado, y en general para dictar providencias eficaces incluso para las *absent parties* e incluso *erga omnes*. Es la revolución de los conceptos tradicionales de responsabilidad civil y de indemnización de los daños, como también de aquél de cosa juzgada y del principio del contradictorio.

Daré algunos ejemplos de tales soluciones, sin dejar de indicar las principales dificultades prácticas que deberán superarse.

8. Un primer tipo de solución consiste en la creación de organismos públicos altamente especializados, que pueden desempeñar en el proceso el rol de representante general (o genérico) del “interés público” o del “orden público”.

Los ejemplos ofrecidos por el derecho comparado son numerosísimos. En efecto, en muchos países asistimos desde hace años a la proliferación de entes públicos especializados, investidos (*inter alia*) del poder de iniciar procedimientos civiles (o administrativos) en ciertas materias, o de intervenir en tales procedimientos. Me bastará mencionar entre los episodios más recientes:

a) La creación en 1970, en Suecia, de un “ombudsman de los consumidores”. La oficina está compuesta por veinticinco miembros: el *ombudsman*, su sustituto, y un *equipe* de juristas, economistas, expertos en problemas del mercado, etcétera. Entre las tareas de esta nueva oficina se encuentra aquélla de iniciar procedimientos ante el nuevo tribunal mercantil en los casos de abusos comerciales y publicitarios en perjuicio de los consumidores.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> V. la *op. cit. supra*, nota 5, pp. 97-99 texto y notas 260-67; entre la ahora vasta literatura v. también, por ejemplo, Bernitz, *op. cit. supra*, nota 2, pp. 556-59,

b) La creación en 1973, en Inglaterra, de un *Director-General of Fair Trading*, con la tarea de iniciar procedimientos ante la *Restrictive Practices Court* contra las prácticas monopolistas "lesivas del interés público".<sup>40</sup>

c) La creación, siempre en Inglaterra, de un *Race Relations Board*, el que, con base en la *Race Relations Act* de 1968, tiene la tarea, entre otras, de instaurar procedimientos civiles contra las discriminaciones raciales.<sup>41</sup>

d) La creación en India de un *Registrar for Restrictive Trade Agreements*, el que, con base en la *Indian Monopolies and Restrictive Trade Practices Act* de 1969, tiene la tarea de obrar en calidad de "abogado del interés público", iniciando incluso procedimientos judiciales contra las prácticas comerciales abusivas.<sup>42</sup>

e) La institución en Ghana, en 1974, de una *Environmental Protection Council*, que tiene, entre otros, el poder de instaurar procedimientos civiles para la protección del ambiente.<sup>43</sup>

Se trata, como los ejemplos —escogidos casi accidentalmente— pueden demostrar, de un movimiento vastísimo, que se está extendiendo como una mancha de aceite por todas las partes del mundo. En los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, agregándola a las numerosas *administrative agencies* hace ya mucho tiempo establecidas, 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 está creando ahora una *Consumer Protection Agency*, cuyo rol principal debería ser aquel de obrar, incluso judicialmente, como una especie de abogado (*ombudsman*) de los consumidores.<sup>44</sup>

9. La institución de entes gubernamentales especiales como los antes examinados, representa indudablemente un notable progreso en el arduo camino de la realización de una eficaz tutela de los intereses de grupo que emergen. Y lo mismo puede decirse de otro experimento, que también se puede verificar con el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica, esto es, la subdivisión de la oficina misma del *attorney general* en numerosos departamentos, algunos de ellos especializados en materia de *welfare*, de *antitrust*, de tutela de los consumidores y del medio ambiente, de *civil rights*, etcétera.<sup>45</sup>

573-76 (allí la traducción francesa de las leyes suecas de 1970 y 1971 sobre la materia); Hans Stenberg, *L'ombudsman suédois pour les consommateurs*, en *Revue internationale de droit comparé*, 26 (1974), pp. 577-81.

<sup>40</sup> *Op. cit. supra*, nota 5. pp. 88-89, texto y nota 235.

<sup>41</sup> *Op. ult. cit.*, p. 89, texto y nota 236.

<sup>42</sup> *Op. ult. cit.*, p. 90, texto y nota 241.

<sup>43</sup> *Op. ult. cit.*, p. 90, texto y nota 242.

<sup>44</sup> *Op. ult. cit.*, p. 89, nota 238.

<sup>45</sup> *Op. ult. cit.*, p. 87, texto y nota 228.

Sin embargo, este tipo de solución es también insuficiente. Incluso estos entes o departamentos especializados, tienden a asumir una psicología burocrática y una estructura jerárquica que a menudo hacen que su acción sea lenta, rígida muy centralizada. Ellos muchas veces carecen también de aquella agresividad, imaginación y flexibilidad, que serían necesarias para una eficiente obra de contención, prevención y represión de estos nuevos, sofisticados y complejos tipos de abusos, que a menudo provienen de grandes centros de poder político o económico y que son extremadamente difíciles de identificar y castigar. Se debe agregar que la creación de entes gubernamentales especializados exige habitualmente actos de órganos legislativos, los que son, a su vez, bastante difíciles y lentos para intervenir y, una vez que han intervenido, son todavía más difíciles y lentos para modificarlos y adaptarlos a las experiencias maduradas en el intertanto y a las nuevas circunstancias. El riesgo es el de terminar teniendo entes creados muy tarde, y muy tarde adaptados a las necesidades que paso a paso van emergiendo: entes inútiles, costosos, paralizantes para la vida económica y social. También en los países donde, como en los Estados Unidos de Norteamérica, el experimento —imponente desde la época del *New Deal*— ha sido positivo en su conjunto, no pocas ilusiones se han debido abandonar, y hoy se tiende a admitir que las *administrative agencies* han sido a menudo “capturadas” psicológica y políticamente por los mismos grupos de poder que ellas deberían haber controlado más severamente.<sup>46</sup>

En efecto, como recientemente lo ha documentado un agudo estudioso alemán, Hein Kötz, se va difundiendo entre los expertos occidentales, desde Alemania a los Estados Unidos, el convencimiento de que ni siquiera los entes públicos especializados están en condiciones de asegurar una adecuada tutela de los intereses colectivos económicos, sociales, ambientales,<sup>47</sup> y una reciente investigación nuestra, ha llegado a conclusiones análogas para otros países, entre ellos Japón y la Unión Soviética.<sup>48</sup> Por lo demás, también la moderna ciencia política tiende a reconocer que ciertos intereses colectivos, como aquel de la salud, de la seguridad del tránsito, de la protección a los consumidores y de la naturaleza, son muy “difusos” —los estudios alemanes hablan precisamente de “*breitgestreute Allgemeininteressen*”— para ser suficientemente “escuchados y tomados

<sup>46</sup> V. las referencias en *op. ult. cit.*, pp. 91-92, nota 244.

<sup>47</sup> V. a la documentación en Hein Kötz, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse* (ponencia para el Congreso de la *Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, Hamburgo, septiembre de 1973), pp. 16-17 texto y nota 26, y pp. 25, 32 texto y nota 59 de la ponencia (la publicación se encuentra en prensa en la serie “*Arbeiten zur Rechtsvergleichung*”).

<sup>48</sup> *Op. cit. supra*, nota 5, pp. 63-64, nota 158, y p. 92, texto y nota 245.

en serio" por las oficinas gubernamentales.<sup>49</sup> Como hubo de escribir Pietro Verry, el gran inspirador de Cesare Beccaria: *Les derniers qui voient clair les intérêts de la société sont pour l'ordinaire ceux qui son payés pour les voir* (N, del T. "Los últimos que ven claramente los intereses de la sociedad son, por lo general, los que son pagados para verlos").<sup>50</sup>

10. Se delinea así lo que la investigación comparativa parece indicar como el más eficaz tipo de solución de nuestro problema: soluciones compuestas, articuladas, flexibles, las únicas capaces de dar una respuesta adecuada a un problema tan complejo como el de la tutela jurídica de los nuevos, emergentes, vitales intereses colectivos. Esas soluciones compuestas consisten, esencialmente, en *conjurar e integrar* la acción y el control de los organismos gubernamentales con la iniciativa de los individuos y de los grupos privados directamente o incluso 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 el tribunal mercantil: también las asociaciones privadas de los consumidores están legitimadas para representarse ante el tribunal.<sup>51</sup> También hay ejemplos reveladores que provienen de Francia. Recordaré dos.

Primer ejemplo: hemos visto que la experiencia francesa demuestra como el ministerio público, siendo un instrumento eficiente en la persecución de los delitos tradicionales, de naturaleza esencialmente individual,

<sup>49</sup> "En un sistema de democracia pluralista es difícil organizar eficientemente y hacer políticamente virulentos, intereses sociales difusos (*das breitgestreute Allgemeininteresse*) como la salud del público, la protección del ambiente, la seguridad del tránsito y la protección de los consumidores. Esta es la razón por la cual esos intereses no son tomados lo suficientemente en serio por la administración pública en su actividad cotidiana". Kötz, *op. cit. supra*, nota 47, p. 32 texto y nota 60, con referencias bibliográficas.

<sup>50</sup> P. Verri, *Pensées détachées*, publicado por primera vez del manuscrito del autor en el volumen *Milán en Europa*, editado por M. Schettini, Milán, Cino del Duca, 1963, p. 138.

<sup>51</sup> Artículo 6º de la ley de 1970 y artículo 3º de la ley de 1971 (mencionadas *supra*, nota 39). El artículo 7º de la ley de 1971 pone de manifiesto una combinación aún más compleja, dado que atribuye al Ministerio Público la tarea de iniciar ante las cortes ordinarias "la procédure d'imposition d'une astreinte ou amende". Se tiene así la siguiente combinación de esfuerzos y de organismos con el fin de llevar a cabo una tutela lo más completa posible: (a) el *ombudsman* de los consumidores y (b) las asociaciones privadas más arriba mencionadas, están legitimadas para iniciar procedimientos ante la Corte del mercado; (c) la Corte del mercado puede, entre otras cosas, prohibir ciertas actividades dañinas para los consumidores, so pena de "astreinte"; (d) en caso de incumplimiento de la orden de la Corte del mercado, el Ministerio Público iniciará el procedimiento para la imposición de la *astreinte* o de la *amende*, pero hará sólo eso; (e) "*après signification par l'Ombudsman pour les consommateurs*" o bien (f) con notificación de parte de cualquier otro sujeto que haya iniciado el procedimiento precedente ante la Corte del mercado.

es en cambio menos idóneo en la persecución de los nuevos delitos de naturaleza esencialmente colectiva, como la publicidad mentirosa, los abusos en la venta de acciones, las falsificaciones alimenticias, las contaminaciones, las construcciones ilegales. Afortunadamente, en Francia, como ha recordado hace poco Giovanni Conso en su ponencia, el ministerio público no tiene, en un sentido propio, un monopolio en el ejercicio de la acción en justicia, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros países, entre ellos Italia.<sup>52</sup> En efecto, está prevista en Francia la posibilidad, dentro de ciertos límites, de que un individuo o grupo privado ponga en movimiento la acción penal —también sin, incluso contra, la voluntad del *Parquet*— constituyéndose *partie civile*.<sup>53</sup> Es reconocido generalmente que tal posibilidad ha dado lugar a resultados, en su conjunto, bastante positivos, especialmente por lo que concierne a la tutela contra los nuevos delitos colectivos, para cuya persecución el ministerio público es menos apto.<sup>54</sup> Y es obvio que, a través de la tutela penal y del ejercicio de la acción civil en el proceso penal, se tendrá una eficaz tutela preventiva y represiva, más allá de los aspectos penales, también de los aspectos civiles de la normativa concerniente a los “intereses colectivos”.

Segundo ejemplo francés: la *Loi Royer* de 1973 no se ha limitado a abrir la puerta de la justicia a las asociaciones de los consumidores en el caso de “hechos que conlleven un perjuicio directo o indirecto al interés colectivo de los consumidores”.<sup>55</sup> También ella ha instaurado una serie de controles para prevenir los posibles abusos de ese derecho colectivo de acción: estos controles han sido confiados, en parte, precisamente al

<sup>52</sup> Temo que sea realista prever que la reciente y aguda tentativa de Ennio Amodio de enuclear también en el derecho italiano la posibilidad de una “acción penal privada” contra las falsificaciones alimenticias, no será seguida. V. E. Amodio, *La acción penal de las asociaciones de los consumidores para la represión de las falsificaciones alimenticias*, en *Revista italiana de Derecho y Procedimiento Penal*, 1974, pp. 515, 518-36, V. también *supra*, nota 15.

<sup>53</sup> *Code de procédure pénale*, art. 88; cfr. por ejemplo Rassat, *op. cit. supra*, nota 27, pp. 204, 233, 239. Muchas normas están dirigidas a prevenir abusos (v. por ejemplo el mismo art. 88 y el art. 91 del *Code*). En España la situación es todavía más radical, dado que la acción penal puede ser iniciada por todo ciudadano, y no solamente por la víctima del delito. V. *op. cit. supra*, nota 5, p. 84, nota 223.

Algún autor francés lamenta ciertas limitaciones bastante graves, especialmente en materia de delitos edilicios, a la posibilidad de instaurar el proceso penal mediante la constitución de parte civil, V. últimamente J. P. Gilli, *Le contrôle juridictionnel du permis de construire: incertitudes et insuffisances*, en *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, II, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, pp. 467, 469. V. sin embargo *supra*, nota 38, sobre el proyecto francés de reforma urbanista.

<sup>54</sup> V. las referencias *supra*, § 6, texto y notas 25-29; *adde*, por ejemplo, Audinet, *op. cit. supra*, nota 21, p. 229; y v. *op. cit. supra*, nota 5, pp. 84-86.

<sup>55</sup> Artículo 46 de la “*loi Royer*”; v. *supra*, nota 37.

ministerio público,<sup>56</sup> configurándose así otro interesante ejemplo de cómo, en las diversas situaciones, se puede combinar e integrar recíprocamente el “celo partizano de los grupos privados interesados” con el equilibrio, la distancia, la neutralidad de un servicio público que está a medio camino entre el juez y la administración pública.

11. El análisis comparatista nos viene entonces a demostrar como las posibilidades de utilizar (a menudo en combinación con la actividad de los órganos públicos) el “celo” de los particulares —individuos o grupos— con el objeto de tutelar los intereses colectivos, son vastísimas. Tipos interesantes de tales utilizaciones se encuentran en todos los países. Se trata, en gran medida, de experimentos e institutos nuevos, pero en vías de un rápido e impetuoso desarrollo. A los ya recordados, y siempre a título meramente ejemplificador, puedo agregar los experimentos que siguen, todos posteriores a la última gran guerra, todos caracterizados por aquella “revolución” del concepto de legitimación, de la cual ya he hablado:

a) En Baviera, toda persona, física o jurídica, aun aquéllas no directamente interesadas, está legitimada para accionar ante la Corte constitucional bávara contra los actos legislativos de ese *Land* que lesionen las libertades fundamentales (individuales y sociales proclamadas por la Constitución bávara de 1946).<sup>57</sup> Se trata de una *actio popularis* o *Popularklage* para la tutela de los derechos fundamentales del hombre. La decisión de la Corte, en el caso de que declare la inconstitucionalidad del acto legislativo impugnado, tendrá eficacia retroactiva y *erga omnes*.<sup>58</sup>

b) En los Estados Unidos, con base en la *Clean Air Act* de 1970, no solamente el *Administrador de la Environmental Protection Agency* (un órgano público), sino también cualquier ciudadano privado, aunque no esté personalmente interesado, puede accionar contra quien —sujeto privado o ente público— provoque contaminaciones de la atmósfera con violación de la ley federal de 1970.<sup>59</sup> Se trata de una *citizen action* o acción popular para la tutela de la salubridad de la atmósfera.

c) En Suecia, además de un órgano público especializado establecido

<sup>56</sup> Artículo 46, párrafo 2º, de la misma ley (citada *supra*, nota 37), donde es requerido el “avis” del Ministerio Público.

<sup>57</sup> V. C. Leusser, E. Gerner, K. Schweiger, H. Zacher, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 2ª ed., Munich, Beck, 1970, sub III, p. 42; M. Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de las libertades*, Milán, Giuffrè, 1955, reimpresión 1974, pp. 69-72.

<sup>58</sup> *Op. ult. cit.*, p. 71 texto y nota 234, con ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>59</sup> V. por ejemplo A. Homburger, *Private Suits in the Public Interest in the United States of America*, en *Buffalo Law Review*, 23 (1974), pp. 343, 349. En el caso de acciones iniciadas por ciudadanos privados, el *Administrador* tiene siempre el derecho de intervenir en el proceso. 42 U. S. Code § 1857 h-2 (c) (2) (1970).



para ese efecto,<sup>60</sup> también los individuos privados, aunque sólo "indirectamente" perjudicados, pueden accionar ante los tribunales para obtener una orden de cesación de las actividades nocivas para el ambiente natural.<sup>61</sup>

d) En Italia, la *Ley puente* de 1967 —cuyo alcance ha sido por lo demás limitado por una bien conocida y deplorada jurisprudencia *contra legem* del Consejo de Estado<sup>62</sup>— legitima a "cualquier persona" para accionar contra licencias de construcción edilicia, concedidas por las autoridades.<sup>63</sup>

e) En Alemania Federal, una ley de 1909, modificada en 1965, legitima no sólo a los comerciantes y a sus asociaciones, sino también ahora a las asociaciones de consumidores, para accionar contra actividades de competencia desleal, sin necesidad de probar un daño directo y personal.<sup>64</sup>

f) En diversos países, entre ellos Italia,<sup>65</sup> India<sup>66</sup> y Tanzania,<sup>67</sup> existen formas de acción popular en materia electoral.

Es digno de nota que, aunque aún en un estadio embrionario, desarrollos similares se pueden advertir incluso a nivel de algunas organizaciones internacionales.<sup>68</sup>

Además, en algunos países, y especialmente en el área del *Common Law*, se han empleado para fines análogos también instrumentos tradicionales y quizás antiguos, dándole a ellos nuevos contenidos y nueva vitalidad. Es el caso, en particular, de las *relator actions* y, más aún, de las *class actions*, que ahora pasaré a examinar.

12. Las *relator actions*, de uso bastante frecuente en Inglaterra, en Australia<sup>69</sup> y en algún otro país de *Common Law* (pero de uso poco frecuente en los Estados Unidos de Norteamérica), representan un ulterior e interesante ejemplo de combinación del control público con la iniciativa

<sup>60</sup> Ley sueca para la preservación del ambiente de 1969; v. *op. cit. supra*, nota 5, p. 88, nota 233.

<sup>61</sup> *Op. ult. cit.*, p. 88, nota 233, y p. 142, texto y nota 395.

<sup>62</sup> V. Texto y nota 20, *supra*.

<sup>63</sup> *Op. cit. supra*, nota 5, p. 142, texto y nota 396.

<sup>64</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 142-43, texto y notas 397, y p. 144, nota 402; v. también la comunicación de Trocker, *supra* nota \*, § 5.

<sup>65</sup> *Op. cit. supra*, nota 5, p. 143, texto y nota 398; v. también texto y nota 19, *supra*.

<sup>66</sup> *Op. cit. supra*, nota 5, p. 143, texto y nota 399.

<sup>67</sup> *Op. ult. cit.*, p. 143, texto y nota 400.

<sup>68</sup> Cfr. sobre el particular Council of Europe, Consultative Assembly, *Parliamentary Conference on Human Rights, Vienna 18-20 October 1971*, Estrasburgo (sin indicación del editor), 1972, pp. 27, 66-67, 83; y v. *op. cit. supra*, nota 5, p. 143, texto y nota 401. Cfr. también alguna idea en Proto Pisani, *op. cit. supra*, nota 8, pp. 1251-52, texto y notas 73-74.

<sup>69</sup> V. S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 2ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1968, pp. 450, 464-66, 471; referencias ulteriores en *op. cit. supra*, nota 5, pp. 102-104, texto y notas 276-87.

privada. Ya he hecho mención a la circunstancia de que, en teoría, existen amplias posibilidades para el *Attorney general* de iniciar o de intervenir en procesos civiles en los cuales él divise un *public interest*. De hecho, sin embargo, el uso de tales poderes es raro, y el papel desempeñado por el *Attorney general* en el campo de la justicia civil es aún más modesto que aquél del ministerio público en Italia y en Francia y en otros países de *Civil Law*, con la posible exclusión de Alemania Federal.<sup>70</sup> Está sin embargo permitido que, ante la inactividad del *Attorney general*, un individuo o una asociación privada<sup>71</sup> accione a nombre, y con la autorización (*fiat*) y el continuo control (en verdad, a menudo más potencial que real), del *Attorney general*, aunque tal individuo o grupo carezca, *per se*, de legitimación para accionar. Los ejemplos más frecuentes se dan, precisamente, en los casos de *public nuisance*, en los cuales toda una colectividad sufre una molestia<sup>72</sup> un daño en la salud<sup>73</sup> como consecuencia de una actividad de otro, como también en los casos de construcciones ilegales,<sup>74</sup> etcétera. Los efectos de la providencia judicial pedida deberán ser en beneficio de toda la colectividad y no sólo del actor o *relator suitor*.<sup>75</sup>

Por lo que hace a la *class actions*, es muy sabido que su importancia, especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, ha llegado a ser grandísima. Se trata, también aquí como las *relator actions*, de un instituto tradicional, que deriva de la *equity*,<sup>76</sup> pero enormemente desarrollado en los últimos años, precisamente por la creciente necesidad de una tutela flexible y eficiente de los intereses de grupo contra los abusos de la "civilización de masas".

A diferencia de las *relator actions*, en las *class actions* el actor o *class suitor* no tiene necesidad de una autorización por parte del *attorney general* o de otro órgano oficial: hay controles, pero ellos son ejercidos esencialmente por el juez. El juez debe determinar, en particular, que el actor sea miembro de una "clase" de personas cuyo interés ha sido llevado al juicio y que acciona, precisamente, en el interés de la misma clase, siendo un "adecuado representante" aunque sin que haya sido formalmente investido de tal representación. Concurriendo tales requisitos, los efectos (positivos y negativos) de la sentencia podrán valer para todos los miembros de la clase, aunque no estuvieren presentes en el

<sup>70</sup> V. las referencias en *op. ult. cit.*, p. 46, texto y nota 103.

<sup>71</sup> *Op. ult. cit.*, p. 114, texto y nota 314.

<sup>72</sup> *Op. ult. cit.*, p. 103, texto y nota 281.

<sup>73</sup> *Op. ult. cit.*, p. 104, texto y nota 286.

<sup>74</sup> *Op. ult. cit.*, p. 104, texto y nota 284.

<sup>75</sup> *Op. ult. cit.*, p. 104, texto y nota 287.

<sup>76</sup> V. por ejemplo Homburger, *op. cit. supra*, nota 59, p. 347.

juicio. Es sabido que, en ciertas acciones de clase, un individuo o una asociación ha accionado en representación de millones de sujetos, a menudo ni siquiera identificables, para hacer valer derechos colectivos de los más variados tipos: *civil rights* (por ejemplo, acciones de clase contra discriminaciones raciales en tema de empleo, de educación, de habitación), derechos concernientes al ambiente natural, derechos de los consumidores o pequeños accionistas, etcétera.

Una vez más es evidente que frente a estos institutos, nuevos o renovados, las viejas reglas y estructuras procesales en materia de la legitimación e interés para accionar, de representación y sustitución procesal, de notificaciones y en general de derecho al contradictorio, de límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada, caen como castillos de papel. Tales reglas y estructuras, diseñadas con mira a un proceso civil de contenido individual —el reglamento de límites entre Ticio y Cayo, la restitución de una cantidad de dinero por Ticio a Cayo, la indemnización de un daño personalmente sufrido por Ticio por un acto ilícito de Cayo...— revelan su importante incongruencia frente a fenómenos jurídicos colectivos como aquéllos que se verifican en la realidad social y económica de hoy.

13. Era inevitable que, en esta nueva realidad, las agrupaciones espontáneas, los “cuerpos intermedios”, debieran emerger con tareas nuevas y siempre más importantes. En efecto, en las *relator actions*, en las *class actions*, en las acciones populares y colectivas de las cuales he ofrecido hace poco ejemplos extraídos de numerosos países, bastante a menudo quien acciona no es un individuo aislado, sino una asociación para la protección de los *civil rights*, una asociación de consumidores, de amantes de la naturaleza, de pequeños ahorrantes... He aquí otro sobresaliente fenómeno social, cuyas consecuencias en el proceso civil (y administrativo) ya son, y están destinadas a llegar a ser bastante más profundas.

Sin embargo, aquí la viscosidad del pasado es, si tal cosa es posible, aún más tenaz.

Era menester superar, antes que nada, la profunda aversión de la sociedad liberal y burguesa, surgida de la gran Revolución Francesa, contra toda forma de *corps intermédiaires*, una aversión que ayer fue recordada por Norberto Bobbio y justificada por el hecho de que, bajo el *ancien régime*, las formaciones sociales intermedias habían constituido la estructura básica del feudalismo. Como lo ha expresado con gran fuerza Max Rheinstein:

Con el iluminismo del siglo XVIII, la visión individualista de la sociedad comenzó a prevalecer. En la Revolución Francesa la nueva ideología llegó a ser oficial. La Nación debía ser *une et indivisible*. El Estado era

ahora claramente concebido como compuesto por ciudadanos, mientras los grupos intermedios... fueron barridos; los (mismos) municipios llegaron a ser meras subdivisiones del gobierno estatal. Un solo grupo intermedio entre el Estado y sus ciudadanos fue dejado intacto: la familia.<sup>77</sup>

El inicio de la superación de la aversión contra los cuerpos intermedios tiene lugar ya en el siglo pasado, especialmente con el reforzamiento de los movimientos sindicales obreros. El individuo aislado intenta, una vez más, unirse, esta vez, para romper las cadenas de su debilidad frente al poder industrial. En Francia, por ejemplo, a partir de 1884 la legitimidad de los sindicatos de los trabajadores será claramente reconocida.<sup>78</sup> Pero, es sólo en tiempos bastante más recientes que nuevas "sociedades intermedias" comienzan a emerger y a proliferar.<sup>79</sup> Nuevos grupos, nuevas categorías y clases de individuos que han llegado a estar conscientes de su comunidad de intereses y de necesidades, como también del hecho que sólo uniéndose podrán superar su debilidad, han comenzado a unirse para protegerse contra los nuevos despotismos de nuestra época: la tiranía de la mayoría, la opresión de la moderna *corporate society*, el dejar hacer o la corrupción de los burócratas, el ciego egoísmo de los contaminado-

<sup>77</sup> M. Rheinstein, *The Family and the Law*, en M. Rheinstein & R. König, *Chapter 1: Introduction*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. IV: *Persons and Family*, (A. Chloros Editor), Tübingen-The Hague, Mohr-Mouton, 1974, p. 13. V. también la ponencia introductoria de Norberto Bobbio para el Congreso de Florencia (*supra* nota \*); además de, por último, J. De Soto, *L'individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, en *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, II, *cit. supra*, nota 53, pp. 759, 711:

"...traditionnellement le droit français regarde les groupements avec méfiance: la vieille exécution de Rousseau a l'égard des corps intermédiaires qui troublent les rapports entre le Souverain et les citoyens et empêchent la formation de la volonté générale s'allie à la peur de l'Etat de voir les groupements concurrencer ses activités et créer des féodalités nouvelles. La règle 'nul ne plaide par procureur' est une manifestation, parmi d'autres, de cette méfiance".

[N. del T. ... "tradicionalmente, el derecho francés mira los grupos con desconfianza: la antigua execración de Rousseau respecto de los cuerpos intermedios que entorpecen las relaciones entre el soberano y los ciudadanos, e impiden la formación de la voluntad general, se unen al temor del Estado de ver los grupos compitiendo con sus actividades y creando nuevos feudos. La regla "nada se insta por medio de procurador" es una manifestación, entre otras, de esta desconfianza"]. V. también, por ejemplo, Henry Dupeyron, *L'action collective*, en *Recueil Dalloz* 1952, *Chroniques*, pp. 153, 155; Bihl, *op. cit. supra*, nota 12, p. 525.

<sup>78</sup> V. por ejemplo Solus & Perrot, *op. cit. supra*, nota 3, p. 223.

<sup>79</sup> V. por ejemplo, respectivamente, para Italia y para Francia, Galgano, *op. cit. supra*, nota 1, pp. 161, 165, y Bihl, *op. cit. supra*, nota 12, pp. 523, 525-26. V. en general el clásico ensayo de P. Rescigno, *Las sociedades intermedias*, en *op. cit. supra*, nota 1, pp. 29-67.

res... Naturalmente, a su vez, nuevos abusos, nuevas tiranías pueden derivarse de estas imponentes transformaciones. Sindicatos, partidos políticos, sociedades comerciales nacionales y multinacionales, corporaciones profesionales, pueden transformarse, a su vez, en temibles centros de poder y de opresión, para los socios y para terceros.<sup>80</sup> Incluso, a nivel de agrupaciones inferiores, son conocidos los abusos perpetrados, por ejemplo, por ciertas asociaciones de consumidores, que obran más bien por intereses egoístas o quizás extorsionistas, que por intereses válidos y reales de la colectividad.<sup>81</sup> Es por eso que el gran movimiento, dirigido a reconocer a las sociedades intermedias su propia capacidad de acción jurídica —tanto en el campo del derecho sustancial como del derecho procesal—, debía ser acompañado por un correlativo movimiento de freno, de limitaciones, 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 los consumidores en Francia por el mismo ministerio público. He aquí, en suma, aún una vez más, el resurgir de aquella necesidad de una articulada, flexible, pluralista combinación de fuerzas —de pesos y de contrapesos, de poderes y de controles— que, en nuestro análisis, es la verdadera lección que surge del derecho comparado.

El gran movimiento está en curso, siempre más vasto e incontenible. En el campo procesal, nuevas sociedades intermedias conquistan, paso a paso, la legitimación para accionar no sólo por sus intereses directos y personales (por ejemplo, para la tutela de bienes de su propiedad), sino también por los intereses *colectivos* del grupo o de la categoría ideológicamente representados por ellas. El ejemplo francés es, una vez más, iluminante. La Corte de casación, en una decisión famosa, reconoció ya en 1913 tal legitimación a los *syndicats professionnels*, y el legislador francés confirmó en 1920 esa importante evolución jurisprudencial.<sup>82</sup> La Corte de casación, con una serie de decisiones dictadas a partir de 1918, estableció la legi-

<sup>80</sup> Entre la vasta literatura existente sobre este argumento, además de la ponencia de Mario Nigro para el Congreso de Florencia (*supra* nota \*), recordaré, por ejemplo, la obra de Stanislaw Ehrlich, *Le pouvoir et les groupes de pression*, París-La Haya, Mouton, 1971, con las amplias referencias allí contenidas. Cfr. también Audinet, *op. cit. supra*, nota 21, p. 236; N. Matteucci, *Positivismo jurídico y constitucionalismo*, en *Revista trimestral de Derecho y Procedimiento Civil*, 1963, pp. 985, 1096-97.

<sup>81</sup> Para algún ejemplo destacado v. Trocker, *op. cit. supra*, nota 1, p. 214.

<sup>82</sup> V. Solus & Perrot, *op. cit. supra*, nota 3, pp. 225-26; Jean Vincent, *Procédure civile*, 17<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 1974, p. 43; Robert Vouin, *De la recevabilité de l'action "syndicale" des associations*, en *La Semaine Juridique*, 1955, I (*Doctrine*), 1207; Audinet, *op. cit. supra*, nota 21, pp. 213, 214, 223; Dupeyron, *op. cit. supra*, nota 77, pp. 153-54; Bihl, *op. cit. supra*, nota 12, p. 524.

timación para accionar de las *associations de défense*.<sup>83</sup> Finalmente, las leyes ya mencionadas de 1972 y de 1973 establecieron, con ciertos límites y controles, la legitimación de las asociaciones constituidas para combatir el racismo y de las asociaciones de los consumidores, respectivamente, para accionar en defensa del interés colectivo de los grupos idealmente representados por ellas.<sup>84</sup>

En muchos otros países el movimiento ha asumido formas diversas; pero finalidades, contenidos y resultados por lo menos en parte análogos. En Alemania,<sup>85</sup> por ejemplo, como también en Japón,<sup>86</sup> está permitida la posibilidad de una sustitución procesal voluntaria (*genwillkürte Prossess-tandschaft*).<sup>87</sup> Se trata de la posibilidad de que el titular de un derecho sustancial transfiera a un tercero el poder de accionar en juicio para la tutela de ese derecho, una posibilidad que en cambio, está aún excluida en Italia<sup>88</sup> y también en Francia, en cuanto se encuentra en contraste con el principio *nul ne plaide par procureur*.<sup>89</sup> De esta manera se ha hecho

<sup>83</sup> V. siempre Solus & Perrot, *op. cit. supra*, nota 3, pp. 236-37; Audinet, *op. cit. supra*, nota 21, pp. 220-21.

<sup>84</sup> V. *supra*, texto y notas 37-38. Después de la precitada ley de 12 de marzo de 1970 (*supra*, texto y nota 82), en los años cuarenta otra ley ya se había movido en la misma dirección, atribuyendo en algunas materias la legitimación para la "acción colectiva" a ciertas asociaciones (*associations de chasse, ligues antialcoo- liques, associations familiales*); v. Bihl, *op. cit. supra*, nota 12, p. 524.

<sup>85</sup> V. las referencias en *op. cit. supra*, nota 5, pp. 110-11, nota 305.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> Es también interesante aquélla que ha sido llamada "une construction pré-torienne *contra legem*" (W. J. Habscheid; v. *op. cit. supra*, nota 5, pp. 120-121, nota 329). Contrariamente a la regla por la cual en Alemania —como también en Francia, v. Solus & Perrot, *op. cit. supra*, nota 3, pp. 266-67— las asociaciones no reconocidas, si bien pueden ser demandadas (capacidad *pasiva*), no tienen en cambio la capacidad de obrar en juicio (capacidad *activa*), la Corte Federal alemana ha reconocido *plena* capacidad (pasiva y *activa*) a las asociaciones sindicales y a los partidos políticos, aunque se trate, precisamente, de entidades no reconocidas y, por tanto, carentes de personalidad jurídica. Para el derecho italiano v. *supra*, nota 15.

<sup>88</sup> Argumento *ex* artículos 77 y 81 del Código de Procedimiento Civil v., por ejemplo, P. Calamandrei, *Obras jurídicas*, IV, *cit. supra*, nota 11, pp. 474-76; M. Cappelletti & J. M. Perillo, *Civil Procedure in Italy*, The Hague, Nijhoff, 1965, pp. 123-24; la tesis contraria de E. Garbagnati, *La substitución procesal en el nuevo código de procedimiento civil*, Milán, Giuffrè, 1942, pp. 231-35, no ha encontrado seguidores, v. N. Trocker, *op. cit. supra*, nota 1, p. 201, con referencias ulteriores. Una excepción a la regla puede verse en el art. 16, párrafo 2º, del Estatuto de los Trabajadores, que permite al trabajador "discriminado" "dar mandato" a las asociaciones sindicales para que ellas obren en su lugar.

<sup>89</sup> Una interesante y significativa excepción a esta regla puede verse en el art. 31 del *Code du travail*, livre 1, que autoriza a los sindicatos para obrar en juicio como sustituto de uno o más de sus miembros en el ejercicio del derecho de accionar que a éstos corresponda contra violaciones de los contratos colectivos de trabajo. Una situación similar existe en Bélgica; v. Jacques van Compernelle, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruselas, Larquier, 1972, pp. 114-15.

posible, por ejemplo, a los miembros de una asociación alemana, el transferir a la misma asociación el derecho de accionar para la tutela de sus intereses:<sup>90</sup> se habla, precisamente, de *Verbandsklage*. En cuanto a Italia, de la que se ha lamentado ya el retardo en el gran movimiento multinacional aquí examinado, pueden, sin embargo, señalarse dos importantes desarrollos recientes, agoreros quizás de transformaciones radicales. El primero ha tenido lugar en el campo sindical, gracias sobre todo al *Estatuto de los trabajadores*,<sup>91</sup> que ha reconocido con una cierta amplitud la legitimación de las asociaciones sindicales para accionar en defensa del interés colectivo de los trabajadores.<sup>92</sup> El segundo desarrollo está representado por la espectacular decisión del Consejo de Estado de 9 de marzo de 1973, que reconoció la legitimación de una asociación privada, *Italia Nostra*, que tiene como fin estatutario suyo la salvaguardia del patrimonio histórico, artístico y natural italiano, para accionar contra una providencia administrativa que había autorizado la construcción de un camino en un parque del Trentino.<sup>93</sup> De esta manera, la Corte suprema administrativa italiana, aunque con mucho retardo respecto de la bastante más liberal jurisprudencia del *Conseil d'Etat* francés, renegó finalmente, si bien sin admitirlo explícitamente, una jurisprudencia desde hace mucho tiempo consolidada,<sup>94</sup> según la cual la legitimación para accionar corresponde sólo al sujeto que hace valer en juicio *un interés personal suyo*.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> *Op. cit. supra*, nota 5, pp. 110-11, nota 305.

<sup>91</sup> Bastante menor ha sido, en esta materia, la contribución de la ley de 11 de agosto de 1973, n. 533 (que ha previsto una especie de "dictamen sindical", v. art. 423, nuevo texto, del Código de Procedimiento Civil). Sobre el particular, además de la comunicación de Borghesi, *supra*, nota \*, § 3, v. el incisivo comentario de V. Vigoriti, *Problemas actuales del proceso del trabajo: la contribución de la experiencia comparativa*, en *Revista trimestral de Derecho y Procedimiento Civil*, 1972, pp. 1621, 1624 (que critica, con irredargüibles argumentos comparativos, la insuficiente apertura a los sindicatos del nuevo proceso del trabajo).

<sup>92</sup> El tema ha sido profundizado en la comunicación enviada por V. Vigoriti al Congreso florentino (*supra*, nota \*), a la cual me remito; v. también Proto Pisani, *op. cit. supra*, nota 8, pp. 1252-56, además de, por lo que hace a la constitución como parte civil de los sindicatos de trabajadores en el proceso penal, Tonini, *op. cit. supra*, nota 15, § 2 d de la ponencia.

<sup>93</sup> Consejo de Estado, decisión de 9 de marzo de 1973, n. 253, publicada por ejemplo en *Foro italiano*, 1974, III, col. 33 (con nota de L. Zanuttigh) y en *Las Regiones*, 1973, p. 718 (con nota de G. Berti). V. en general V. Denti, *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos*, en esta *Revista*, 1974, pp. 533-50.

<sup>94</sup> Un ejemplo típico es ofrecido por la decisión del Consejo de Estado de 14 de julio de 1972, n. 475, *cit. supra*, nota 23; v. en general la ponencia de Scocca, *cit. supra*, nota 15.

<sup>95</sup> V. para referencias comparativas, la *op. cit. supra*, nota 5, p. 123-24. Adviértase que la decisión, mencionada, tan innovadora (por lo menos potencialmente) en Italia, responde en cambio a una evolución realizada hace ya largo tiempo por la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* francés. V. las amplias y puestas al día referencias de la nueva edición, en prensa (debo a la cortesía del Prof.

En decisiones como ésta se quiebran, evidentemente, los viejos esquemas dogmáticos. "Justa parte" no es solamente el titular del derecho o interés legítimo hecho valer en juicio, o el sujeto directa y personalmente perjudicado, sino también el sujeto privado —individuo o grupo espontáneo— que obra *por el bien colectivo*. Emerge aquí, en suma, lo que Louis Jaffe en un breve artículo bastante conocido definió, en 1968, el *actor ideológico*,<sup>96</sup> pero que se podría también definir, con una fórmula usada en 1943, por el gran juez americano Jerome Frank, el "ministerio público privado", *private attorney general*.<sup>97</sup> El sujeto privado, individuo o grupo es aquí empujado a accionar, no tanto por su interés egoísta, cuanto por un interés comunitario y, como quiera que sea, su acción está destinada a tener un significado que trasciende a las partes del juicio, y que se expande, potencialmente a todos los miembros de una más o menos determinada colectividad. El *Kampf um's Recht* ya no es la lucha solitaria por el derecho subjetivo de Ticio contra la violación perpetrada por Cayo, sino más bien es la lucha de clases y de categorías de las cuales la parte del juicio no es sino el ocasional, si bien calificado, campeón o portavoz, precisamente el *representante* ideológico.

14. Me he detenido en el aspecto, por así decirlo, subjetivo de lo que me parece una profunda metamorfosis en curso en el derecho judicial civil, esto es, el surgimiento de la parte colectiva o ideológica al lado de la parte individual o tradicional. Pero, otros aspectos de este mismo fenómeno exigirían un cuidadoso análisis si los límites del tiempo no me lo impidieran. Son suficientes aquí algunas referencias sobre dos temas ulteriores, los que asumen en nuestro campo un relieve excepcional, esto es, el tema de los *poderes del juez* y aquel de las *garantías procesales de las partes*.

(a) Era inevitable que la concepción privatista tradicional del proceso civil se reflejara también sobre el rol del juez en el proceso y, más en particular, sobre los tipos de remedios y de sanciones comprendidos en el poder del juez, además sobre los efectos de las providencias judiciales. Por un lado, según esa concepción, sólo es deber del juez reintegrar a la parte del juicio en el goce de su derecho; por el otro, los efectos de la cosa juzgada se limitan, esencialmente, a las partes de la causa.

Pero, en el caso de acciones para la tutela de intereses colectivos (que,

Drago la lectura del texto en galeras), de J. M. Auby & R. Drago, *Traité du contentieux administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, pp. 450-88, especialmente los números 1040, 1042.

<sup>96</sup> 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. 1033-47.

<sup>97</sup> *Associated Industries v. Ickes*, 134 F. 2d. 694, 704 (2d Cir. 1943).



en homenaje a la brevedad, podrían llamarse "acciones colectivas"),<sup>98</sup> esos esquemas resultan evidentemente inadecuados. La parte no acciona sólo para sí misma, sino para la colectividad: es toda la colectividad la que debe ser reintegrada en el goce de su "derecho colectivo". Y como ello conlleva, obviamente, un agudizarse de las exigencias de lealtad y colaboración de las partes y de intervención y control del juez sobre el proceso.<sup>99</sup> así también lleva consigo que los efectos de la decisión deban extenderse incluso a sujetos no presentes en la causa. Hemos visto, en efecto, como en algunos tipos de acciones colectivas los efectos de la decisión tienden incluso a obrar *erga omnes*,<sup>100</sup> y no es sin una serie de razo-

<sup>98</sup> Esta terminología es adoptada, por ejemplo, por Dupeyron, *op. cit. supra*, nota 77, pp. 153-56.

<sup>99</sup> Homburger escribe que la más destacada característica de la "class litigation" es

*"the uncommonly active role which the judge must play in the control and supervision of the proceedings. The public interest in the prosecution of a class action is far greater than in ordinary civil litigation. It is the court's function to protect that interest as well as the interest of the absent members of the class. The successful management of a class action, therefore, requires a procedure than leans more toward court-prosecution than ordinarily is the case in the American system"*.

[N. del T. "el rol activo inusual que el juez debe desarrollar respecto del control y la supervisión de los procedimientos. El interés público en el seguimiento de una acción de clase es bastante más grande que en un juicio civil ordinario. Es función de la corte proteger ese interés como también el interés de los miembros ausentes de la clase. La administración exitosa de una acción de clase, por consiguiente, requiere un procedimiento que se incline más hacia su seguimiento por la corte de lo que es usual en el sistema americano"]. Homburger, *op. cit. supra*, nota 59, p. 349. Pero éste es un tema que exigiría un examen atento y específico. Algunos de los problemas principales de este tema, conciernen a la regulación de la adquisición de las pruebas y la regulación de la extinción del proceso, sobre lo cual v. ahora alguna referencia en A. Proto Pisani, *Apuntes preliminares para un estudio sobre la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos (o más exactamente: superindividuales) ante el juez ordinario*, en *Derecho y Jurisprudencia*, 1974, pp. 801, 812-13. Por lo que hace especialmente a la extinción, un buen precedente es ofrecido por las disposiciones finales de las *Rules*, 23 y 23.1 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, sobre lo cual v. M. Cappelletti, *Apuntes sobre la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos o difusos*, en *Jurisprudencia italiana*, 1975, IV, col. 49, 62-63.

<sup>100</sup> "(No) es posible negar que la trama del derecho individualista: *res inter alios judicata alteri non nocet nec prodest*, es incompatible con el régimen de la tutela jurisdiccional de los derechos o intereses colectivos". Así escribía ya en los inicios del siglo L. Mortara, *op. cit. supra*, nota 4, col. 32. V. ahora U. Romagnoli, *Aspectos procesales del artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores*, en *Cuadernos de la Asociación de los Estudiosos del Proceso Civil*, *Actas del IX Congreso Nacional*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 175, 192; Trocker, *op. cit. supra*, nota 1, pp. 9-10, texto y nota 15.

nes que alguien ha sido llevado a decir que "el principio de la relatividad de la cosa juzgada" sería "el último refugio del individualismo".<sup>101</sup>

El hecho principal que la experiencia comparativa está poniendo de relieve en este campo me parece que puede sintetizarse, con una cierta simplificación, de este modo: por un lado, el juez debe ser autorizado para hacer uso, incluso como medida de urgencia, de una amplia gama de providencias, especialmente mandatos de hacer y de no hacer, adecuadamente sancionados en el caso de incumplimiento y, a menudo, dotados por su naturaleza de eficacia *ultra partes*,<sup>102</sup> por el otro, también en el campo más tradicional del resarcimiento del daño no se debe seguir mirando sólo al *daño sufrido* (por el actor presente en el juicio), sino al *daño globalmente producido* (por el demandado a toda la colectividad). En efecto, si el juez debiera, por ejemplo, limitarse a condenar la industria contaminadora a indemnizar sólo el daño sufrido por algún actor esporádico, esa condena raramente tendría un efecto determinante: por regla general, el comportamiento contaminador continuaría imperturbable, porque el daño a compensar al esporádico actor sería siempre muy inferior a los costos necesarios para evitar ese comportamiento. Será menester entonces abandonar una concepción meramente privatista de la responsabilidad civil y del daño indemnizable, para adoptar en cambio una nueva concepción que tenga una coloración casi penalista y colectiva.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> V. U. Romagnoli, *Las asociaciones sindicales en el proceso*, Milán, Giuffrè, 1969, p. 36.

<sup>102</sup> Me remito para estos efectos a la fina comunicación de A. Proto Pisani (*supra*, nota \*). Véase también Denti, *op. cit. supra*, nota 93, pp. 547-48.

<sup>103</sup> "Dans le cas de l'action collective... la 'reparation' due à cette lésion [de l'intérêt collectif] est elle-même, au moins pour la plus large part, étrangère à la notion d'un dommage éprouvé. Elle dérive donc nécessairement d'un autre principe et obéit à d'autres règles de mesurage qui procèdent moins de l'idée de réparation que des idées de prévention et de répression... L'action collective déroge aux règles du droit privé et procède d'une nature propre qui l'apparente à l'action publique. C'est une action... 'quasi-publique'. Elle se présente en auxiliaire du ministère public à l'occasion de délits qui atteignent plus directement certains intérêts collectifs que l'intérêt général de la société et s'adapte à eux plus étroitement que l'action du parquet. Elle met à la disposition des syndicats et des groupements intéressés un instrument qui leur permet d'obtenir, à l'occasion de ces délits, indépendamment de la sanction pénale édictée par la loi, l'application d'une sorte de peine privée, exactement appropriée à l'infraction et analogue à celle qui frappait en droit romain les *delicta privata*... Il reste donc que l'action collective... aboutit par sa nature propre à des sanctions pécuniaires ou publicitaires... sans relation nécessaire avec le préjudice subi".

[N. del T. "En el caso de la acción colectiva... la 'reparación' debida a esta lesión (del interés colectivo) es ella misma, por lo menos en su mayor parte, extraña a la noción de un daño probado. Ella deriva pues necesariamente de

Es casi innecesario decir que, como sucede con toda transformación, aquí también se presentarán nuevos problemas. Si por ejemplo, con base en la demanda del "actor ideológico" el juez condenara al demandado a resarcir el daño sufrido por centenares, millares o quizás millones de miembros de una colectividad idealmente representada por ese actor, se plantearán los grandes problemas de la identificación de esos centenares, millares o millones de personas, de la distribución del producto entre ellos, del uso, en fin, al cual se destinará el eventual residuo no reclamado por los miembros de la colectividad. La jurisprudencia norteamericana ha hablado, en este sentido, de un *fluid recovery*, "indemnización fluida", que puede usarse, eventualmente, también para fines *diversos* del (pero *conectados* con) el interés colectivo tutelado en el juicio: por ejemplo, para fines generales de tutela del ambiente. Se trata, evidentemente, de construcciones jurídicas nuevas y audaces, tales de escandalizar (también en América) las mentes de los bien pensados. Me pregunto, por mi parte, si no es mucho más escandaloso aún negar acceso a la justicia a las nuevas necesidades colectivas. Un caso americano recientemente decidido —y, desgraciadamente, mal decidido— por la *U. S. Supreme Court* es significativo.<sup>104</sup> Un tal señor Eisen había sufrido un daño de setenta dólares por el comportamiento ilegítimo de ciertos agentes de la Bolsa, comportamiento que en el curso de algunos años había igualmente dañado, por cantidades de pocos dólares, otros seis millones de personas, de las cuales 2,250,000 eran fácilmente identificables por nombre y dirección. Si cada uno de los perjudicados hubiese debido recurrir por su propia cuenta a las vías de justicia, pidiendo sólo el resarcimiento del daño sufrido personalmente, el resultado práctico habría sido que nadie, en realidad, habría accionado, y el comportamiento ilegítimo habría quedado privado de sanción. A conclusiones bien diversas, evidentemente, se arriba admitiendo, en situaciones como ésta, la acción de clase, con la posibilidad en el caso

Otro principio y obedece a otras reglas de cuantificación que tienen su origen menos en la idea de reparación que en ideas de prevención y de represión... La acción colectiva deroga las reglas de derecho privado y tiene una naturaleza propia que la emparenta con la acción pública. Es una acción... 'casi pública'. Ella se presenta como auxiliar del Ministerio Público con motivo de delitos que atañen más directamente a algunos intereses colectivos que al interés general de la sociedad y se adapta a ellos más estrechamente que la acción del *Parquet*. Ella pone a disposición de los sindicatos y de los grupos interesados un instrumento que les permite obtener con motivo de esos delitos, independientemente de la sanción penal prevista por la ley, la aplicación de una especie de pena privada exactamente apropiada a la infracción y análoga a aquella que castigaba en el derecho romano a los *delicta privata*... No queda sino concluir que la acción colectiva... linda por su naturaleza con las sanciones pecuniarias o publicitarias... Sin que tenga una relación necesaria con el perjuicio sufrido"]. Dupeyron, *op. cit. supra*, nota 77, pp. 154, 155.

<sup>104</sup> 42 U. S. Law Week, 4804 (28 de mayo de 1974).

específico de reclamar el resarcimiento por 2,250,000 perjudicados identificados y, eventualmente, también *fluid recovery* para los otros aproximadamente cuatro millones de perjudicados no identificables o de difícil identificación.

15. (b) El último aspecto al que quisiera hacer referencia es aquél de las garantías procesales de las partes<sup>105</sup> y, en especial, de la garantía fundamental del contradictorio: *audiatur et altera pars*.

El problema se presenta con particular agudeza en materia de derechos de grupos o colectivos. Por un lado, parecería en verdad un requisito inderogable de *natural justice* (y, en ciertos países como los Estados Unidos,<sup>106</sup> Italia<sup>107</sup> y Alemania,<sup>108</sup> también de justicia constitucional), que todo sujeto participe de una relación deducida en juicio tenga una oportunidad efectiva de ser escuchado, sin la cual el pronunciamiento no debería tener autoridad de cosa juzgada a su respecto. Pero, por el otro lado, tratándose de relaciones meta-individuales o difusas en las cuales están a menudo comprometidos un número elevadísimo y algunas veces materialmente imprecisable de sujetos, imponer una rígida observancia de la garantía del contradictorio significaría hacer prácticamente imposible la tutela judicial de esa relación:<sup>109</sup> por la imposibilidad material de identificar todas "las partes ausentes", de notificar a todas los actos del juicio (¡en el caso *Eisen*, la notificación a las solas partes fácilmente identificables había llevado un costo de 225.000 dólares!,<sup>110</sup> de ofrecer, en suma, una real posibilidad de participación en el juicio.

He aquí entonces que también los milenarios principios de defensa y de contradictorio se revelan insuficientes para las modificadas exigencias de las sociedades contemporáneas. Tal insuficiencia, por otra parte, no significa un abandono, sino una superación. Es menester superar los esquemas de un garantismo procesal de carácter meramente individualista, un garantismo justamente, aunque quizás muy incondicionadamente, criticado en la meditada comunicación de Vittorio Denti<sup>111</sup>; en su lugar, debe nacer un nuevo y más adecuado tipo de garantismo que quisiera de-

<sup>105</sup> Sobre este tema v., en general, M. Cappelletti & D. Tallon, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milán-Dobbs Ferry, Nueva York, Giuffrè-Oceana Publications, 1973.

<sup>106</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 449-52, 676-77.

<sup>107</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 548-51, 680-81. V. también el importante estudio de Proto Pisani, *cit.*, *supra*, nota 8, pp. 216-66, con las ulteriores referencias bibliográficas.

<sup>108</sup> *Op. cit. supra*, nota 105, pp. 15-19, 677-79. V. también, últimamente, Albrecht Zeuner, *Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilwirkungen*, Karlsruhe, Müller Juristischer Verlag, 1974.

<sup>109</sup> Cfr. Carpi, *op. cit. supra*, nota 18, pp. 321-22.

<sup>110</sup> 42 U. S. Law Week, 4804, 4807 (28 de mayo de 1974).

<sup>111</sup> Denti, *op. cit. supra*, nota \*.

finir como "social" o "colectivo", concebido no sólo como salvaguardia del individuo en un proceso individualista, sino también como salvaguardia de los múltiples y extremadamente importantes grupos nuevos y "cuerpos intermedios", que también reclaman para ellos acceso a la justicia para la tutela de sus intereses. Sólo de este modo, por lo demás, será integralmente aplicado el precepto constitucional, que quiere no solamente el respeto del derecho de defensa y, por consiguiente, del contradictorio (artículo 24, párrafo 2º, de la Constitución), sino quiere además una efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos (artículo 24, párrafo 1º, en relación con el artículo 3º) y por consiguiente también de los derechos y de los intereses que la misma Constitución u otras leyes atribuyen a las "formaciones sociales" en las cuales el hombre "desenvuelve su personalidad" (artículo 2º).

Para resumir en pocas palabras lo que debería ser un largo discurso, diré que la lección comparativa podría traducirse en este sentido en la fórmula "*adecuada representatividad*". Si la "parte ideológica" (individuo o asociación que lleva al juicio un cierto interés meta-individual) es adecuadamente representativa de toda la clase o grupo a la que aquel interés corresponde, será perfectamente legítimo que el proceso desarrolle sus efectos también respecto de las "partes ausentes".<sup>112</sup> En efecto, todos los miembros de la clase, aunque no estén individualizados, no notificados, en suma, no individualmente "escuchados", habrán tenido sin embargo su *fair hearing* a través de las garantías de defensa y del contradictorio aseguradas al representante ideológico o *private attorney general* de la misma clase.

Naturalmente, surgen graves problemas cuando se trata de traducir en concreto la fórmula de la "adecuada representatividad". ¿Cuáles serán los requisitos necesarios para que un sujeto —individuo o grupo— sea adecuadamente representativo de una colectividad? En otras palabras, ¿qué garantías deberán exigirse para que sea válidamente establecido que una "parte ideológica" es suficientemente seria, honesta, preparada, agresiva en la defensa del interés colectivo? ¿Cuáles salvaguardias serán necesarias para prevenir negligencias dañinas, abusos, extorsiones?

Algunas legislaciones han tratado de dar una respuesta expresa a estas preguntas, especialmente cuando se trataba de admitir la representación

<sup>112</sup> Una solución intermedia, a'guna vez adoptada (por ejemplo, en los Estados Unidos hasta la reforma, en 1966, de las *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 23) y más a menudo propuesta (por ejemplo, por Proto Pisani, *op. cit. supra*, nota 99, pp. 814-16), es aquélla de extender a las partes ausentes sólo los efectos favorables, pero no aquellos desfavorables, de la sentencia (la llamada *eficacia secundum eventum litis*). Para una crítica de esta solución, no sin buenas razones abandonada por la recordada reforma de las *Federal Rules* (v. Rule 23 (c) (2) (3), me remito a Cappelletti, *op. cit. supra*, nota 99, col. 55-56, 60.

de intereses colectivos por parte de asociaciones. Una vez más, en Francia la Ley de 1º de julio de 1972 y en Italia el Estatuto de los trabajadores son ejemplos típicos.<sup>113</sup> La experiencia comparativa demuestra, por otra parte, que sería absurdo esperar del legislador una respuesta *completa*, y aún más absurdo pretender una respuesta *uniforme* para todo tipo de “partes ideológicas”. Parece inevitable, por lo menos en este estadio aún inicial, incluso a menudo rudimentario, de nuestras experiencias prácticas y científicas en la materia, confiar en una cierta discrecionalidad del juez.<sup>114</sup> Éste deberá siempre tener presente que, mientras en el proceso de raíz individualista la *titularidad* del derecho hecho valer un juicio es, por lo general, garantía suficiente de la seriedad de la parte,<sup>115</sup> en el campo de los intereses colectivos dicha titularidad debe ser sustituida por otros elementos, más variados y complejos, que pueden ir desde el pasado de una cierta asociación,<sup>116</sup> a su organización,<sup>117</sup> financiamiento,<sup>118</sup> fines sociales, amplitud numérica<sup>119</sup> o espacial,<sup>120</sup> etcétera. Son las más diversas

<sup>113</sup> Artículo 5-II de la *Loi* n. 72-546, citada *supra*, nota 38; art. 28, párrafo 1º, del Estatuto de los Trabajadores (v. *infra*, nota 120).

<sup>114</sup> Sobre el inevitable “*rôle normatif*” y “*fonction créatrice*”, del juez en materia que, como el “*droit de l'environnement*”, se encuentran en fase de rápida formación y transformación, v. por ejemplo, últimamente, Jacques de Lanversin, *Contribution du juge au développement du droit de l'environnement*, en *Mélanges offerts à Marcel Waline. La juge et le droit public*, II, *cit. supra*, nota 53, pp. 519, 522, 525-29.

<sup>115</sup> V. *op. cit. supra*, nota 5, p. 126, nota 349.

<sup>116</sup> Por ejemplo, como se ha visto, (*supra*, nota 38) la ley francesa n. 72-546 atribuye la legitimación para obrar a toda asociación “*régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits*”.

<sup>117</sup> Surge aquí el problema de la “democracia interna” de las sociedades intermedias, cuyo núcleo central es el logro de un justo equilibrio entre la autonomía de las asociaciones y un mínimo de controles públicos y privados, suficientes para garantizar contra los abusos. Se trata de un problema entre los más agudos, y sin embargo todavía poco estudiado por la doctrina jurídica. V. *op. cit. supra*, nota 5, p. 125, nota 374; y v. ahora la ponencia de C. Mortati y P. Barile para el Congreso de Florencia (*supra*, nota \*).

<sup>118</sup> Cfr. sobre el particular, por ejemplo, E. Bettinelli, *La Ley sobre el financiamiento público de los partidos. Notas críticas sobre las relaciones entre sistema político y derecho de los partidos*, en *El Político*, 1974, pp. 640-61.

<sup>119</sup> V. al respecto Audinet, *op. cit. supra*, nota 21, p. 235, que hace referencia en especial a la fórmula —que ha tenido éxito en Francia (como también en Italia—, de “*syndicat[s] le[s] plus représentatif[s]*”.

<sup>120</sup> Es interesante, en este sentido, la sentencia de 6 de marzo de 1974, n. 54, de la Corte constitucional (en *Foro italiano*, 1974, I, c. 963 ss., con nota de G. Pera). La cuestión versaba sobre la constitucionalidad del art. 28 de la ley de 20 de mayo de 1970, n. 300 (“Estatuto de los Trabajadores”), que, al instituir un procedimiento especial contra las conductas antisindicales del patrón, limita la legitimación para instaurar ese procedimiento a los “organismos locales de las asociaciones sindicales nacionales”. La Corte ha considerado que dicha limitación —que excluya de la acción (además de los trabajadores) a las asociaciones sindicales de carácter no nacional sino meramente locales— es razonable y no lesiona

circunstancias las que, en cada caso, podrán asegurar al juez la seriedad de la parte ideológica: mientras, por ejemplo, en ciertos casos la antigüedad y el carácter nacional, antes que meramente local, de una asociación podrán ser elementos que se valorarán positivamente —recuérdese, al respecto, el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores y la sentencia número 54 de 1974 de la Corte constitucional,<sup>121</sup> en otros casos podrá apreciarse más bien el hecho de que, frente a un imprevisto, a un nuevo peligro que debe conjurarse, sean precisamente los ciudadanos de un determinado lugar los que se constituyan espontáneamente y por vez primera en “asociación de defensa”. Una solución legislativa rígida, apriorística, estaría destinada a hacer más mal que bien: sería como el hacha del guardabosques, usada allí donde lo que se requiere es, en cambio, la delicada intervención del bisturí del cirujano.

16. Las conclusiones de esta investigación son formulables en pocas palabras. Estamos asistiendo a la lenta pero segura declinación de una concepción individualista del proceso y de la justicia. Todos los principios, los conceptos, las estructuras que estaban radicadas en esa concepción, aparecen cada día más insuficientes para dar una aceptable respuesta al problema de asegurar la tutela necesaria a los nuevos intereses difusos y de grupo, que han llegado a ser vitales para las sociedades modernas.

Estamos asistiendo, por otro lado, a la aurora, si bien fatigosa, de un nuevo pluralismo, que en el lugar de la superada *summa divisio* entre público y privado coloca formas nuevas y múltiples de combinación e integración de iniciativas públicas y privadas en el proceso, dirigidas a salvaguardar intereses meta-individuales.

Toda la temática del derecho judicial está comprometida profundamente con estas radicales transformaciones, que inciden incluso en el campo de las más antiguas y fundamentales garantías procesales, como el derecho de defensa y de contradictorio. En verdad, también en el campo del “garantismo”, que ha representado por tantos años mi “fe” de procesalista, se asiste al necesario movimiento hacia una forma nueva que he llamado *garantismo social o colectivo* y que significa superación, precisamente, del garantismo entendido en un sentido individualista tradicional.

Por lo demás, a través del problema de los poderes del juez y de los tipos y efectos de sus providencias, la gran metamorfosis se expande también sobre la esfera del derecho sustancial. El cambio incluye la con-

la libertad de asociación y el derecho de igualdad, dado que el carácter nacional de la asociación sindical puede ser un criterio válido de responsabilidad y de representatividad. V. sobre esta materia la comunicación de Vigoriti, *supra*, nota \*.

<sup>121</sup> V. la nota precedente.

cepción de la cosa juzgada: incluye la concepción de la responsabilidad civil y del resarcimiento.

Naturalmente toda transformación profunda, toda revolución incluso sobre el plano meramente intelectual, lleva consigo altos costos. Séame permitido recordar también el simple, parcial abandono de la concepción tradicional de la responsabilidad basada en la culpa del que daña —una concepción que ha llegado a ser inocua en el estadio actual de desarrollo de las técnicas y de la organización económica y social— ha llevado y lleva dificultades, resistencias, confusiones de todo tipo: el importante libro de Guido Calabresi, desde hace poco en versión italiana con una espléndida presentación de Stefano Rodotà, trae un amplio testimonio de ello.<sup>122</sup> Es posible imaginarse, entonces, frente a cuáles y aún más graves dificultades, resistencias y confusiones estén destinadas a chocar proposiciones bastante más iconoclastas, como aquella de sustituir el mero resarcimiento del “daño sufrido” por aquel de todo el “daño producido”. Sin embargo, sólo enfrentando los costos exigidos por la nueva transformación podremos, finalmente, construir un sistema de justicia civil adecuado a las modificadas necesidades de nuestra época.

Decía Bertrand Russel que el abogado del cambio tiene una tarea bastante más difícil que la del abogado de la conservación y del orden.<sup>123</sup> Pero, cuando lo que se quiere conservar ya no responde a las nuevas e inderogables necesidades sociales, entonces la conservación ya no es “orden”. Y la lección del derecho comparado nos demuestra que los cambios, en esta ponencia sumariamente delineados, lejos de ser el fruto de una visión personal o local, responde a las que son las grandes y generalizadas tendencias evolutivas del mundo contemporáneo.

Mauro CAPPELLETTI.

Profesor Ordinario de la Universidad de Florencia.

Traducción de Raúl BRAÑES

<sup>122</sup> G. Calabresi, *Costo de los incidentes y responsabilidad civil* (edición italiana a cargo de A. De Vita, V. Varano y V. Vigoriti, con presentación de S. Rodotà), Milán, Guiffre, 1975. V. ahora también la recolección de materiales a cargo de G. Alpa y M. Bessone, *La responsabilidad civil*, Génova, E. C. I. G., 1975.

<sup>123</sup> B. Russel, *Education and the Social Order*, Londres, Allen & Unwin, 7th impression 1967, p. 13.