

REFLEXIONES SOBRE EL ESTUDIO COMPARADO DEL DERECHO PROCESAL

El derecho comparado o, para dar a nuestro tema una descripción más precisa, el estudio del derecho por medio del método comparado, puede tener diversos significados para diferentes personas. En forma particular, puede significar el estudio de algunas cuestiones concretas entre dos o más sistemas de derecho íntimamente relacionados, lo que llamaré “derecho microcomparado”; o puede significar un estudio más amplio, incluyendo sistemas jurídicos pertenecientes a diferentes familias jurídicas, lo que llamaré “derecho macrocomparado”.

Existen, actualmente, claro está, más de dos familias jurídicas en el mundo, y hay controversia tanto por sus clasificaciones como por la identificación de sus miembros, pero para nuestros propósitos eso no debe detenernos, ya que para lo que deseo exponer resulta suficiente reconocer simplemente la existencia de las dos familias jurídicas del mundo occidental, generalmente conocidas como la del derecho neorromanista y la del *common law*, haciendo caso omiso acerca de la imprecisión del primer agrupamiento de sistemas jurídicos o acerca de las principales diferencias que existen en la actualidad dentro de ambas familias.

Podemos identificar como un “microcomparativista”, por ejemplo, al jurista inglés que decide estudiar la protección de acciones minoritarias en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norteamérica, o al jurista mexicano que busca los equivalentes del juicio de amparo en otros países de Latinoamérica.

En este sentido, el derecho microcomparado no es necesariamente sencillo, ni tampoco está restringido a temas pequeños, como se puede demostrar con el segundo ejemplo. Sin embargo, generalmente este último método logra evitar una de las principales dificultades a las que se enfrenta el macrocomparativista: el asegurarse que está empezando a comparar instituciones semejantes.

En gran medida los miembros de una sola familia jurídica comparten un acervo común de terminología de conceptos y de instituciones jurídicas para que, tomando el primero de nuestros ejemplos, el jurista inglés, interesado en la protección de accionistas minoritarios, acuda con confianza al

material norteamericano relacionado con el mismo tema. De igual forma, el jurista francés, interesado por ejemplo en la responsabilidad surgida por daños causados por cosas, como es la desarrollada en el derecho francés por el artículo 1384 de su Código Civil, puede encontrar una disposición equivalente en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal de México, y entonces proceder a trabajar.

El hecho de que los dos artículos no resultan tener las mismas consecuencias prácticas en los dos países no destruye la validez de su selección con fines de comparación: por el contrario, más bien la justifica, ya que se están comparando instituciones semejantes dentro de los dos sistemas, y una apreciación de los resultados diferentes que ocasiona cada disposición es el producto de la comparación entre ellos.

Sin duda es cierto que conforme pasa el tiempo y el derecho de un miembro de una familia jurídica determinada se torna más y más diferente de los demás miembros de la misma familia, y resulta más difícil encontrar una base suficientemente satisfactoria como para comparar mediante la simple adopción de la terminología o los conceptos comunes de un sistema y el examen de sus equivalentes nominales en otro. Sin embargo, el decir esto, significa el reconocer que la división de los sistemas jurídicos por familias no es absolutamente precisa ni invariablemente fija o —lo que en realidad significa lo mismo— que la distinción entre el derecho micro y macrocomparado implica una diferencia de grado más que de género. No obstante, para la mayoría de los propósitos prácticos, sigue siendo cierto que un plan para la realización de un estudio comparado dentro de una sola familia jurídica es mucho más fácil de estructurar que si se tratara de un estudio comparado que busca cruzar las líneas divisorias entre dos o más familias jurídicas.

A veces se hace la distinción —la cual resulta ser importante— entre un estudio jurídico comparado y el estudio de un sistema jurídico extranjero. Como quiera que sea, el hecho es que cualquier jurista, que habiendo sido formado en un sistema empiece a estudiar otro perteneciente a una familia jurídica diferente, está determinado inevitablemente a realizar un estudio comprado, ya que no podrá dejar de manejar el sistema extranjero ignorando las suposiciones y premisas inarticuladas que fundamentan el suyo.

En este sentido, el derecho macrocomparado no es nada nuevo, al menos entre las familias del derecho neorromanista y del *common law*. El derecho macrocomparado realizado conscientemente tampoco es algo nuevo a nivel teórico, ya que en apariencia se pueden encontrar conceptos similares en sistemas jurídicos pertenecientes a familias distintas. A guisa de ejemplo, en mi país se ha solicitado a varias generaciones de estudiantes de derecho que comparen la doctrina inglesa sobre la *consideration* en los con-

tratos con el concepto romano de *causa*. Lo relativamente nuevo resulta ser la apreciación de que si en verdad se van a comparar instituciones semejantes, el estudiante de derecho comparado no suele estar satisfecho con las clasificaciones y los conceptos de los diferentes sistemas jurídicos tal como los encuentra; el campo de sus comparaciones debe encontrarse, hasta donde sea posible, en la vida social y económica real de las sociedades que es estructurada por el derecho que él desea estudiar, y no en algún *Begriffshimmel* rodeado por torres de marfil y protegido de la realidad por teóricos abstractos.

Ello necesariamente presenta grandes dificultades para los macro más que para los microcomparativistas, debido a que esto requiere la comprensión de que aun aquellos conceptos sagrados, tales como el contrato o la propiedad —conceptos que se encuentran por doquier— deben utilizarse sólo con cuidado y con referencia constante a sus funciones en los sistemas jurídicos individuales. Por ejemplo, no tiene valor una comparación entre el derecho inglés y el francés relativa a los contratos en favor de terceras personas, que no toma en cuenta el grado hasta el cual el derecho inglés logra mediante recursos que no forman parte del término “contrato”, mucho de lo cual se logra en Francia por la *stipulation au profit d'un tiers* o la *action directe*.

Por lo que concierne al derecho sustantivo, estas dificultades son serias, aunque actualmente existen formas de superarlas debido en gran parte a la creciente concientización de que, de una manera general, en condiciones semejantes, los problemas similares son resueltos de manera similar, cualesquiera que sean los procesos técnico-jurídicos por los que se logran esas soluciones. En efecto, bien podría ser que las dificultades tiendan a exagerarse, especialmente por aquellos de nosotros que tratamos de enseñar el derecho comparado; y ocasionalmente he encontrado útil señalar a mis estudiantes, impresionados, como algunas veces lo están, por la peculiaridad, desde su punto de vista, de un sistema extranjero, que si piden una comida en un restaurante fuera del país están igualmente obligados a pagar la cuenta ahí como lo estarían en Londres. Este tipo de afirmación de lo obvio, sin embargo, sólo es posible debido a que a un nivel simple y elemental el problema es el mismo.

El hecho de que problemas similares generalmente dictan soluciones similares puede ser cierto en una medida mayor de lo que generalmente admitimos, pero esto sólo es cierto si los contextos —social, cultural, económico o cualquiera que sea— en los que los problemas se presentan también sean similares. En el campo del derecho sustantivo esta condición a menudo se realiza debido a que este derecho se relaciona directamente con la vida de una sociedad, con el comportamiento real de la gente que vive

en una sociedad y, como todos sabemos, aunque las sociedades a menudo difieren una de otra, las sociedades en las que operan los sistemas jurídicos de Occidente tienen, por fortuna, mucho en común.

Por otro lado, cuando se fija la atención sobre cuestiones de procedimiento, la situación es, o parece ser, muy diferente. Ni siquiera es fácil pensar en un equivalente, en derecho procesal, para la afirmación elemental de que se debe pagar la cuenta en un restaurante, ya sea si se comió en Londres o en el extranjero.

La explicación a esto no es difícil de encontrar, al menos a un nivel superficial, ya que cuando cambiamos nuestra atención del derecho sustantivo al derecho procesal parece que vamos de reglas y principios relacionados con el comportamiento humano en una sociedad, a reglas y principios relacionados más bien con la ejecución de algún tipo de ceremonia o ritual, cuya naturaleza puede diferir bastante de un lugar a otro.

A diferencia de la temática a tratar en el derecho sustantivo, la temática a tratar en el derecho procesal es artificial en sí misma, en el sentido de que tiene muy poca relación con el comportamiento espontáneo de la gente común en la conducción de sus vidas ordinarias. Mientras que los estudios procesales microcomparados pueden producir valiosos resultados, por lo tanto, el intentar un estudio comparado de procedimiento entre, digamos, Inglaterra y Francia o Inglaterra y México, sería lo mismo que si intentáramos hacer una comparación entre las reglas del *cricket* y las reglas de fútbol. Algunos elementos aparentemente similares pueden encontrarse en ambos, pero el descubrimiento no revelará nada de interés o valor.

Aceptar esto, desde cualquier punto de vista, sería ir demasiado lejos y, como deseo demostrar, es más que una exageración, un error; pero se debe reconocer el hecho de que se ha trabajado muy poco en el campo del derecho procesal macrocomparado, al menos hasta hace poco. En cuanto al *common law* concierne, desafortunadamente estamos en el caso de que, por un lado, el estudio de nuestro propio procedimiento hasta hace poco se dejó por un lado en manos de historiadores del derecho principalmente y, por otro, a aquellos interesados exclusivamente en los detalles de la práctica diaria.

En la actualidad, en los Estados Unidos de Norteamérica existen algunos importantes tratados y artículos sobre el proceso, aunque en otras partes y, en comparación con el mundo del derecho neorrománista, el tema ha sido poco tratado. Por otra parte, los civilistas han mostrado interés durante mucho tiempo en el proceso, y se puede afirmar que mucha de la literatura valiosa existente es con legitimidad parte del acervo del derecho comparado; pocos, si no es que ninguno de los principales trabajos, se limitan a la discusión de tan sólo un sistema jurídico. Sin embargo, son

raras y escasas las referencias sobre cualquier sistema del *common law* dentro de ellos.

Esto no significa que los civilistas no estén interesados en el *common law*. Por el contrario, existe un creciente interés en ambos lados de la línea divisoria entre el *common law* y el derecho neorromanista, sobre cómo el otro trata el asunto del proceso civil; se pueden encontrar en los países de derecho neorromanista artículos y aun libros acerca del *common law* y viceversa, pero es raro que éstos tengan el propósito de ser trabajos de derecho comparado. Cuando los organizadores del coloquio internacional "LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo", que tuvo lugar en México en 1976, hicieron sus estudios preparatorios, obtuvieron no menos de cinco ponencias sobre derecho procesal, que incluían, además del derecho mexicano, el derecho sudamericano, el derecho continental europeo desde Finlandia hasta Grecia, el derecho de los países socialistas europeos, y el derecho inglés y norteamericano.

Pero todos éstos fueron escritos independientemente y ninguno de los autores hizo un esfuerzo directo para emprender una comparación "interfamiliar".

Aunque estoy interesado en negar que los sistemas procesales de las diferentes familias jurídicas de Occidente son tan artificiales y tan diferentes uno del otro como lo son aquellos de diversos juegos, lo que no se puede negar es que los procesos del *common law* y del derecho neorromanista son lo suficientemente diferentes, tanto en su historia como en su estilo, como para hacer una comparación directa entre ellos en cuestiones de detalle, inútil si no imposible. Sólo para tomar en cuenta el aspecto más obvio, en Inglaterra el desarrollo del jurado como juzgador de hecho, tanto para asuntos civiles como penales, produjo el fenómeno del *single session trial*, el cual representa tanto el propósito como la culminación del proceso en el sistema del *common law* y en el que todas las cuestiones en controversia entre las partes se resuelven al mismo tiempo, siguiendo el principio de oralidad, tanto en la fase probatoria como la de los alegatos de los abogados, precisamente en audiencia pública. El resultado, incluso en Inglaterra en donde el jurado civil ha dejado de existir virtualmente, es que se produce una clara división entre el *trial* en sí y todo aquello que le precede. En el continente europeo el jurado civil nunca se desarrolló y no existe ninguna división comparable en el proceso del derecho neorromanista entre las etapas preparatorias y las del *trial*, por la sencilla razón de que no existe, al menos como lo entienden los juristas versados en el *common law*. En realidad, a menos que yo me equivoque, no existe palabra alguna ni en francés, alemán, italiano o español que proporcione una traducción adecuada de la palabra *trial*.

Por consiguiente, no es sorprendente que los eruditos hayan titubeado antes de intentar una comparación interfamiliar del proceso civil como conjunto, lo cual se acentúa más tratando de superar el problema aislando un tema dentro del derecho procesal y limitándose a él.

Por ejemplo, un intento como el anterior se realizó en 1969 por el Instituto de Derecho Comparado de París con relación a la figura procesal conocida como el *expertise* (prueba pericial), y quienes iniciaron dicho estudio pudieron haber sido alentados por una afirmación contenida en el famoso tratado francés de Glasson y Tissier que dice: "L'expertise se rencontre dans toutes les législations par cela même qu'on ne saurait exiger des juges des connaissances universelles". Las investigaciones del Instituto se relacionaron con el derecho en doce países europeos, incluyendo a la Unión Soviética, consiguiendo que todos pudieran responder a un cuestionario detallado que envió el Instituto, con la sola excepción de Inglaterra, el único país del *common law* en el grupo. Los ponentes ingleses no pudieron responder al cuestionario como se encontraba redactado, debido a que el derecho inglés no reconoce nada que se parezca al *expertiste* del derecho francés: dentro del proceso del *common law*, las cuestiones relativas a los aspectos científicos o tecnológicos se tratan como todas las demás cuestiones de hecho, esto es, por la prueba de testigos, quienes son nombrados e interrogados por las partes en presencia del juez. La única diferencia importante entre el llamado testigo "perito" y otros testigos, es que los peritos deben estar debidamente calificados para expresar sus opiniones en asuntos de su competencia. Pero continúan siendo testigos, y como todos los demás testigos son elementos de convicción proporcionados por las partes y no del tribunal.

Una vez dados estos antecedentes, no nos resulta muy sorprendente que el derecho procesal macrocomparado sea una rama relativamente subdesarrollada entre los estudios de derecho comparado. Sin embargo, mi convicción es que no sólo es posible dicho estudio, siempre que se formulen las cuestiones adecuadas y se hagan los enfoques apropiados, sino que también tiene mucho que contribuir al futuro del derecho procesal, principalmente en los actuales momentos de un cambio social extremadamente rápido. Con relación a lo propuesto con anterioridad, dedicaré el resto de mi exposición.

Por principio de cuentas debemos encontrar alguna definición, o más bien, alguna identificación general de nuestro tema, ya que, aunque nos limitamos al proceso civil, obviamente es imposible adoptar, para fines de derecho macrocomparado, definiciones técnicas utilizadas en determinados sistemas jurídicos. Por ejemplo, sería absurdo excluir todo aquello que el *Tribunal des Conflicts* francés asigna a los tribunales administrativos de

Francia, sólo porque el derecho francés no clasifica como procesos civiles a aquellos entablados en contra de la administración debido a que el procedimiento de los tribunales administrativos no está regulado por el Código de procedimientos civiles. De igual forma sería absurdo excluir el proceso por el cual una persona reclama la reparación civil del daño dentro de un juicio penal sólo porque en algunos países tiene derecho a asociar su pretensión a la del ministerio fiscal, en cuyo caso dicho proceso es regulado por el Código de procedimientos penales.

Uno de los principales objetivos del derecho macrocomparado es el de tratar de descubrir la sustancia que yace tras las formas de los sistemas jurídicos individuales, y el intento estaría predestinado al fracaso desde el principio si la gama de temas sujeta a examen estuviera limitada por esas mismas formas.

Esto puede significar que sólo es posible una definición *a priori*, pero —no obstante recientes cambios en muchas sociedades que han traído consigo importantes cambios en el papel y función del proceso civil, los cuales debe investigar el estudio macrocomparado— creo que existe el suficiente fondo común en el desarrollo histórico y en el pensamiento convencional aceptado, dentro de los sistemas legales de Occidente, para cuando menos confirmar una descripción de trabajo del tema de comparación que se va a desarrollar.

En una famosa conferencia sustentada en los Estados Unidos de Norteamérica en 1950, Eduardo J. Couture observó que:

sólo mediante extraordinarios esfuerzos históricos ha sido posible suplantarse en el alma humana la idea de la justicia obtenida por autotutela por la idea de la justicia confiada a una autoridad. En su estado actual, este reemplazo civilizado de la de venganza consiste en un poder legal amparado por el derecho para pedir algo en contra de un demandado por medio de un tribunal.

En otras palabras menos elegantes, en lugar de hacerse justicia por propia mano, la persona que cree que tiene derecho a algo de otra persona busca, por medio de un proceso judicial, obtener aquello a través de una resolución a su favor, seguida, si es necesario, de una ejecución forzosa de la sentencia con auxilio de la fuerza pública.

Aquello que el demandante, como lo llamaré, exige es, por lo general, una orden para que la otra parte, a la que llamaré demandado, le pague, haga o se abstenga de hacer algo, aunque en nuestras complejas sociedades modernas puede ser igualmente el que se altere su estado civil, como en el caso del divorcio, o que la decisión de una autoridad administrativa o cualquier otra que le afecte sea anulada.

La característica esencial que une a estas cosas, como lo muestra la fase

utilizada por Couture "poder para acudir al tribunal", es que la persona que cree tener derecho a algo puede iniciar un procedimiento legal si así lo desea, pero no está obligada a hacerlo: siempre está en libertad para renunciar a este derecho. Más aún, y sometido a un número de importantes excepciones, la persona contra la que endereza la demanda puede voluntariamente allanarse a la pretensión, o las partes pueden llegar a una solución de transacción; cuando así sucede, el proceso civil es en verdad la actividad voluntaria de las partes, porque, mientras que en ningún caso se puede llevar a cabo el proceso civil sin la voluntad del demandante, hay casos en que la voluntad del demandado para litigar es también necesaria.

En el marco tradicional de las cosas, la motivación del demandante es egoísta: busca por medio de la acción obtener algún beneficio para sí mismo o para personas de las que es directamente responsable. Sólo el Estado puede actuar a favor del interés público o general, y su instrumento usual es el derecho penal y el proceso penal.

Sin embargo, en muchas sociedades modernas esta tradicional división ha cambiado en dos aspectos importantes: en primer lugar, el legislador ha preferido, en algunos casos, evitar el uso del derecho penal y en su lugar ha especificado el uso de instituciones y procedimientos que se desarrollaron originalmente con relación a la tradicional acción civil con el propósito de cumplir la ley a favor del interés público; en segundo lugar, existe un creciente uso y una creciente demanda para un acceso más amplio a los tribunales por parte de individuos y asociaciones de diversos tipos quienes tratan de entablar procesos "civiles" para la protección de los intereses de grupos o clases de personas o para el público en general pero no para la protección de sus propios intereses particulares.

El surgimiento de este litigio civil de "interés público" es un moderno fenómeno de gran significado que plantea grandes problemas al derecho, para el cual, hasta ahora, no ha surgido ninguna solución satisfactoria. Regresaré a la contribución que el derecho macrocomparado puede otorgar a estos problemas, pero antes que nada deseo dedicar algún tiempo al uso del derecho macrocomparado con relación al proceso civil como es concebido tradicionalmente, esto es, con relación a juicios iniciados por individuos en contra de otros particulares o en contra del mismo Estado, en busca de lo que ellos ven como sus propios intereses.

Hay pocos países en el mundo occidental, sea cual sea la familia jurídica a que pertenezcan, en los que actualmente no provoquen malestar en cuanto a algún aspecto u otro de los cambios que están operando en la realidad para la solución de este tipo de litigios y, por supuesto, en muchos de ellos se han introducido recientemente reformas sustanciales, mientras que en otros, estas reformas se están estudiando.

Algunas veces la crítica va dirigida a la naturaleza del proceso en el sentido de que se niega que éste conduzca a lo que la crítica considera como justicia. Esto se ejemplifica por el ataque emprendido por el destacado jurista colombiano Devis Echandia, sobre el llamado proceso "liberal", cuando dijo que bajo este sistema el juez no administra justicia de acuerdo con el derecho sino que:

en realidad se limita a reconocer la justicia que las partes obtienen por su propio esfuerzo o a protocolizar la injusticia que reciben como consecuencia de sus errores o su incapacidad o de las limitaciones que la pobreza o la ignorancia les impone en la escogencia de sus apoderados, en la lucha probatoria o en la utilización de los recursos.

Sin embargo, la crítica se dirige más a menudo a problemas específicos o dificultades de tipo aparentemente más práctico, tales como lo dilatado, el aumento de los gastos o las oportunidades de abusar que las normas del sistema mismo proporcionan a litigantes sin escrúpulos. En la realidad, sin embargo, los dos tipos de crítica tienden a encontrarse uno con otro, y ambos se basan en ciertas suposiciones implícitas relativas al papel del proceso civil en la sociedad moderna.

No pretendo plantear que el derecho procesal macrocomparado pueda revelar lo que ese papel es o debe ser; de hecho no intento sugerir que se pueda postular un papel único y singular para tan compleja institución, al menos si no estamos dispuestos a aceptar que el único papel que desempeña es el de proporcionar al poderoso una alternativa pacífica a la auto-defensa. Casi se podría asegurar que en el proceso civil, aun dentro de un mismo país, se pueden encontrar un gran número de funciones que rivalizan y son inconsistentes unas con otras, de las cuales la importancia relativa de cada una variará no sólo de periodo en periodo sino de caso en caso, de acuerdo con los problemas planteados. Sin embargo, para los propósitos prácticos de una reforma efectiva, al igual que para el fin más académico de obtener una mejor comprensión, parece ser importante que aquellos papeles diversos deban, cuando menos, ser identificados.

Por supuesto es cierto que, a diferencia de las normas del derecho sustantivo, las normas del proceso civil operan principalmente dentro de la estructura del sistema judicial mismo y se relacionan con las actividades de los abogados postulantes y de los jueces, más que con las de aquellos miembros de la sociedad en general; pero todo esto no significa que sea más fácil cambiar radical y rápidamente el tipo de proceso por medio de la introducción de una nueva legislación, que cambiar el tipo de una sociedad, modificando el derecho.

En primer lugar, los abogados y jueces son gente cuyos hábitos de pen-

samiento y acción se vuelven innatos debido a su formación y experiencia profesional, no tienden más que otros a buscar y preguntar sobre el fundamento de las cosas que hacen diariamente durante el curso de su trabajo habitual.

En segundo lugar, tenemos que recordar que aunque adoptemos el enfoque simplificado de que el papel del proceso civil es el de asegurar la resolución de disputas de acuerdo con el derecho sustantivo que le es aplicable, no puede haber país en el mundo en el que se resuelva un mayor número de disputas por medio de procesos en lugar de un acuerdo o transacción entre las partes. Mencionando sólo mi propio país; de todas las acciones civiles que se presentan, menos del 1% siguen su curso normal a través de todo el proceso hasta la sentencia y, por supuesto, nadie puede saber el número de conflictos que se resuelven antes de que se inicien procedimientos legales de cualquier tipo: sin embargo, se debe tener en mente que cuando los pleitos se solucionan, uno de los factores más importantes que las partes toman en cuenta para llegar a un acuerdo es su predicción de lo que sucedería si una acción siguiera el curso completo.

Sin duda, por lo general, se sostiene que es preferible que las partes en conflicto lleguen a un acuerdo amigable a que recurran al juicio, y esto es así no sólo por la consiguiente reducción en el número de demandas debido a la carencia de recursos, sino también porque el acuerdo conduce, o se supone que conduce, a una mayor armonía que un juicio. Sin embargo, es inevitable que todas las normas procedimentales, y no sólo aquellas que se relacionan con la conciliación o algún otro método para estimular un acuerdo entre las partes, influirán e incluso controlarán el número de disputas que en efecto se presentan ante un tribunal.

De estas consideraciones se puede deducir que tanto la crítica como las proposiciones para la reforma procesal en un país en particular deben, si es que se espera lograr algún cambio buscado por sus autores, estar dotados de un nivel de entendimiento acerca de las premisas inarticuladas y las prioridades implícitas de los valores que, conjuntamente, constituyen el carácter del sistema procesal en estudio. Sin embargo, es casi, si no completamente, imposible para cualquier individuo, sea cual fuere el dominio que tenga de su propio sistema de derecho, descubrir cuáles son sus propias y personales premisas inarticuladas y cuáles las de su sistema jurídico si trabaja exclusivamente dentro de ese sistema.

Sólo por medio del estudio de un sistema ajeno (un sistema que en términos generales esté haciendo el mismo tipo de cosas que el suyo pero de diferente manera) es que cualquier jurista puede adquirir algo más que un entendimiento superficial de su propio sistema, para así aprender a distinguir entre aquellos aspectos que le resultan integrales a su naturaleza

en desarrollo o necesarios para la conservación de sus valores, y aquellos que no lo son. Tal entendimiento es esencial para el éxito de las propuestas específicas de reforma, pero también es indispensable para aquellos que buscan negar el valor fundamental del sistema, tomado como conjunto, y la sustitución de valores más apropiados a una filosofía política y social diferente.

Tal vez éstos son sentimientos bombásticos y pueden estar sujetos a crítica por su poco contenido. Por ende voy a tratar de explicar más concretamente el tipo de cuestión que tengo en mente.

Ya que hemos definido al proceso civil como un fenómeno que surge cuando una persona trata de obtener algo por medio de la acción ante el tribunal, por consiguiente se puede decir que hay siempre cuando menos dos partes —el demandante y el juez—, pero normalmente hay tres o más —el actor, el demandado y el juez—. Para propósitos de sencillez y claridad no me referiré al juez como una de las partes, sino que utilizaré la forma más usual y convencional de hablar de las partes en una controversia —actor y demandado— como las partes y por separado del juez como juez. Si utilizamos esa terminología, me parece que una de las áreas de investigación más fructíferas es la distribución de responsabilidad entre todo aquello que sucede entre el acto introductorio del actor que ejerce la acción y la sentencia definitiva o decisión del juez: cabe hacer la pregunta en términos razonablemente específicos de, “¿qué tanto control puede emplear el juez en relación con la definición del área de la disputa y sobre la selección, producción y evaluación del material tanto de hecho como de derecho sobre el que se basará la decisión del juez?” Además, el tema incluye el ejercicio de un control, por parte del juez, de la ejecución de los deberes que les corresponde a las partes de acuerdo con las reglas del proceso.

Una investigación del tipo sugerido puede ser de gran valor en dos niveles. En primer lugar, puede revelar hasta cierto punto las prioridades de un sistema procesal civil, es decir, el grado en que se apega, por un lado, a la corriente que señala que el papel del juez no es ni más ni menos que la determinación del conflicto surgido entre las partes, como aquel que ellos formulan y en base al material que ellos presentan y, por el otro, la corriente que señala que el juez debe buscar el logro de, en las circunstancias concretas tan precisamente determinadas por él, los objetivos o propósitos de las normas aplicables del derecho sustantivo. En segundo lugar, cuando la investigación va dirigida a una cuestión de detalle tal como, por ejemplo, la forma para conocer hechos científicos o tecnológicos que van más allá de conocimiento ordinario de un letrado y por ende de su comprensión, sin la intervención de un perito, las suposiciones que fundamen-

tan la particular solución adoptada probablemente se vean, de este modo, expuestas.

Sin duda las ideologías políticas y sociales son las que a fin de cuentas dictan el alcance total que pueda tener la determinación de un proceso conducido con justicia. Poca duda hay, por ejemplo, en cuanto a que el papel predominante del juez en el proceso civil en los países socialistas está directamente ligado a la opinión de que los procesos civiles nunca son del dominio exclusivo de las partes y que la primera tarea de los tribunales, tanto civiles como penales, es, en cuanto concierne por ejemplo al derecho polaco, la protección de la democracia popular y su desarrollo hacia el socialismo. Ciertamente, el cambio político en Polonia, después de la Segunda Guerra Mundial, trajo consigo el fortalecimiento de la posición del juez por parte de la legislación para así ir de acuerdo con las nuevas ideologías. Coincidentalmente, se puede observar un fenómeno similar, aunque en dirección opuesta en el Japón de la posguerra; en ese país el proceso civil estaba basado en el *Zivilprozessordnung* alemán de 1877, el cual otorgó al juez facultades relativamente extensas, pero, como parte del llamado movimiento de democratización después de la guerra, se cambió dicho énfasis y se hizo el intento para introducir un sistema más cercano a aquél del *adversary process* angloamericano.

Entre los extremos teóricos del completo dominio de las partes y el del completo dominio del juez en el proceso civil, es posible encontrar una infinita variedad de posiciones, pero, excepto en donde ha habido un dramático cambio político como en los dos países antes mencionados, es virtualmente desconocido el que en las declaraciones políticas con propósitos ideológicos se encuentren fundamentos que afecten cambios procesales. Como reza el dicho, la gallina precede al huevo, y es tan sólo a través de un examen del derecho y la práctica procesal, junto con su evolución a través de un tiempo determinado, que las filosofías fundamentales afloran.

Con este marco de ideas que doy ahora, descenderé a dos ejemplos concretos de estudio macrocomparado.

1. *Da mihi factum, dabo tibi jus*. Esta máxima tan familiar, que indica que mientras los hechos deben ser presentados por las partes el derecho compete al juez, lo cual puede, a primera vista, parecer poco más que una declaración de lo obvio; ya que, como es lógico, no es posible que el juez conozca los hechos, se supone debe conocer el derecho. Sin embargo, después de un somero examen, resulta menos obvio su contenido, pues lo impreciso de la distinción entre el derecho y los hechos le da un gran interés a la comparación de su aplicación real en varios sistemas. Por medio de un ejemplo, permítaseme examinar cómo funciona ese principio jurídico en los derechos inglés y francés.

No es necesario enfatizar que un litigio siempre se origina de cosas que les suceden a personas reales en el mundo real, aunque desafortunadamente esto es algo que los abogados y los juristas tienden a olvidar. Puede no ser fácil traducir eventos que acontecen en el mundo real al lenguaje de la comunicación humana sin el uso de conceptos, y cuando la comunicación se lleva a cabo entre abogados es entonces cuando el uso de conceptos jurídicos es inevitable. Sin embargo, es una de las principales funciones del derecho sustantivo especificar las condiciones bajo las cuales una persona tiene derecho a demandar algo de otro o del Estado mismo. El proceso sólo se da cuando, como resultado de hechos reales, una persona asegura tener derecho a algo que, en las circunstancias del caso concreto, sólo puede adquirir por medio de una resolución judicial. De esta forma, surge la cuestión de derecho acerca de si la pretensión del actor es procedente o no; sin embargo, se debe notar que la resolución judicial en sí, sea cual sea su formulación conceptual, se refiere al mundo real, y no al legal-conceptual. Como lo estableció uno de los más sobresalientes profesores de derecho procesal en Francia, Henry Motulsky, "en realidad no se trata de una demanda de 'divorcio', de 'recuperación de la propiedad', o para una 'declaración de paternidad', lo que la parte expone ante el juez, sino pura y sencillamente una demanda que conduce a un resultado social o económico que necesita ser traducido a un lenguaje conceptual sólo por el juez". O, en las palabras de un juez inglés, la "causa de una acción"—es decir, el derecho a vencer en una acción civil—significa "simplemente una situación de hecho cuya existencia dé derecho a una persona para obtener del tribunal una solución en contra de otra persona".

Relacioné esto con el ejemplo elemental que ya utilicé: se debe pagar aquello que ordenó en un restaurante. La situación real es que usted entró al restaurante, ordenó y consumió alimentos, pero no los ha pagado. El dueño del restaurante le exige que pague. Suponiendo que usted insiste en no pagar, se pedirá a un juez que le ordene que lo haga, orden que estará apoyada, a fin de cuentas, por el poder coercitivo del Estado. Es el derecho sustantivo el que dicta si se debe o no llevar a cabo la orden solicitada, pero ni para usted ni para el dueño del restaurante es importante saber mediante qué razonamiento jurídico se llega a la conclusión legal de ordenar o no ordenar que se pague.

Los juristas clasificarán el asunto de acuerdo con la estructura propia de su derecho—contrato, tal vez, o deuda—pero la realidad es que el dueño del restaurante quiere una orden que le obligue a usted a pagarle una suma de dinero; a él no le interesa, ni tampoco a usted, si el juez cataloga el caso como contrato, deuda, fraude o cualquier otro vocablo

auxiliado, sin duda, por los abogados contratados por las partes, y no a las partes mismas.

Si esto es correcto, se deduce entonces que, por regla general, hasta donde lo permita la naturaleza humana la orden del juez debe estar basada no sobre alguna norma o principio jurídico identificado previamente e invocado por una de las partes, sino sobre el derecho en su conjunto; en particular, es irrelevante el que el abogado del actor buscó apoyarse en un precepto o si el juez considera que otro, también favorable al demandante, es el único aplicable en esas circunstancias.

Éste es el verdadero significado de *da mihi factum dabo tibi jus* y, aun cuando ni el derecho inglés ni el francés hayan siquiera aspirado a ella en un periodo anterior, ambos parecen hacerlo ahora.

Así, el nuevo Código francés de procedimientos civiles, en su artículo 12, dispone que "El juez resuelve el litigio de acuerdo con las normas del derecho que le son aplicables. Él debe dar o devolver a los hechos del caso su clasificación correcta sin adherirse a aquellas propuestas por las partes".

Con cierta seguridad, el legislador francés intentó, en este artículo, dar vigor al punto de vista expresado, consistente y coherentemente, por Motulsky de que el derecho aplicable al caso corresponde, finalmente, a la esfera del juez, no a las partes, y dicho artículo debe terminar en gran parte la discusión acerca de la *cause de la demande*, ya que evidentemente acepta la opinión de Motulsky de que la *cause de la demande* consiste exclusivamente en la situación real con exclusión de elementos de clasificación o conceptualización legal.

Inglaterra, por supuesto, no tiene una disposición similar a los términos del artículo 12 del Código francés, pero su legislación sí especifica que en los "alegatos" formales —los documentos en los que las partes asientan sus pretensiones y defensas— incluirán tan sólo alegatos de hechos, y la jurisprudencia determina claramente que el juez debe decidir el caso a la luz de los hechos probados, no habiendo necesidad de una declaración formal de las partes acerca de las teorías jurídicas en que se basan.

Por lo tanto, se puede decir que, según los derechos francés e inglés, corresponde a las partes exponer los hechos y al juez decidir qué norma les es aplicable. Pero esa conclusión deja muchas preguntas sin respuesta, y a dos de ellas quisiera dedicar aquí mi atención.

1. Concediendo que, tanto en Francia como en Inglaterra, el juez está posibilitado para utilizar, para propósitos de su decisión, una norma o principio de derecho no invocado por ninguna de las partes, ¿se deduce acaso que puede hacerlo sin antes haber convocado a las partes para que manifiesten sus observaciones al respecto? Debido a que en Inglaterra se usa mucho el alegato oral y a que, normalmente, el juez comunica su deci-

sión inmediatamente después de que concluye el alegato, es menos probable que esta pregunta surja en la práctica judicial inglesa que en la francesa, por lo que si se presenta una cuestión de derecho al juez, él, en el acto la someterá a la consideración de los abogados. En Francia, por otro lado, no sólo se presentan muchos alegatos por escrito, sino que es factible que el juez reserve su resolución acerca del derecho aplicable al caso hasta el momento de la *deliberación*, la cual tiene lugar después de terminados los alegatos. Sin embargo, aun en Inglaterra no es extraordinario que el juez "reserve" su resolución para emitirla en especial ante los tribunales de apelación, y nuestra pregunta ha surgido ya como punto de discusión en ambos países. Puede surgir, de hecho en cualquiera de las dos siguientes formas:

a) Cuando las partes escogen deliberadamente que se haga caso omiso de una cuestión de derecho en particular. Aquí encontramos, en efecto, una decisión tomada conscientemente por una de las partes en el sentido de no basarse en un principio de derecho que, aparentemente, le favorece y por lo tanto se podría sostener que en esta situación el juez debe sin duda interponer su autoridad, ya que básicamente las partes le están pidiendo que tome una decisión que tanto él como ellas saben es incorrecta jurídicamente; lo que parecería, en el mejor de los casos, un abuso del procedimiento jurídico. Sin embargo, ni en Francia ni en Inglaterra se permite, por lo general, que esta consideración prevalezca sobre la libertad de las partes para disponer de sus derechos como deseen.

En Francia la cuestión se menciona expresamente en otro párrafo del artículo 12, el cual prohíbe al juez cambiar los fundamentos jurídicos de la *litis contestatio* si las partes ya han acordado limitar la controversia a cuestiones particulares de derecho, siempre que sólo entren en juego aquellos derechos a los que las partes mismas pueden renunciar libremente. En otras palabras, si una persona es completamente libre para renunciar a sus derechos, absteniéndose de exigirlos o aceptando voluntariamente una demanda planteada erróneamente, por otro individuo contra él, entonces también está en libertad para renunciar a esos derechos parcialmente, absteniéndose del uso de un razonamiento jurídico que operaría en su favor. Sin embargo, cuando se trata de un derecho del que la parte no puede disponer libremente por tratarse de un asunto de *ordre publique*, el tribunal debe tratar la cuestión aun en contra de los deseos de la parte a favor de la cual parece operar.

En Inglaterra, la posición es la misma para fines prácticos: las concesiones voluntarias de una de las partes obligarán al individuo que las hace aun cuando esas concesiones estén jurídicamente mal formuladas y de hecho la concesión no sólo será usada para los propósitos del caso en sí, sino

que una vez dictada la sentencia tendrá el efecto de *res judicata*. Sin embargo, existe una importante excepción, a saber, que el juez siempre debe tomar, de su propia iniciativa, cualquier cuestión que caiga dentro del amplio concepto del "orden público". El ejemplo clásico es el de los contratos viciados, aun cuando el demandado no se apoye en el principio de que no se puede ejercer una acción para hacer valer un contrato viciado, el tribunal mismo debe negar la procedencia de la acción si en el curso del proceso se manifiesta la nulidad del contrato.

b) Cuando el abogado no se basa en un principio de derecho particular por inadvertencia o error. Aquí son de sumo interés algunas recientes tendencias francesas.

Hemos visto que el artículo 12 del nuevo Código francés requiere del juez que resuelva el litigio "de acuerdo con los principios de derecho que le son aplicables". Esta norma apareció también en los decretos que precedieron al Código, pero en los decretos se puso especial cuidado, para asegurar que a las partes se les diera toda oportunidad para expresar al juez sus observaciones sobre cualquier cuestión de derecho que él estuviera destinado a resolver. En efecto, al juez se le prohibía utilizar cualquier argumentación legal desarrollada por él mismo a menos que hubiera requerido antes las observaciones de las partes. Sin embargo, en el Código, como finalmente quedó redactado, se omitieron todas aquellas disposiciones de los decretos al respecto y mientras que las consecuencias reales de esto no eran del todo claras, no es difícil suponer que la intención era aumentar más aún las facultades del juez con relación a las de las partes. En 1979, la legalidad de dichas disposiciones del Código fueron impugnadas ante el *Conseil d'État* y aun cuando la decisión de éste no es fácil de interpretar en todos sus aspectos, parece ser que, en términos generales, la regla que existía antes de que el Código fuera promulgado ha sido restablecida. Por otro lado, puede que ahora haya una legislación más amplia al respecto y sería peligroso pensar que la controversia ha llegado a su fin.

Por una extraña coincidencia el mismo punto ha surgido, y ha dado origen a controversias en Inglaterra, según lo prueba una reciente decisión del tribunal inglés de apelación en el que ambas partes aceptaron como correcta una afirmación jurídica contenida en un conocido libro de texto. Uno de los jueces, habiendo estudiado el asunto, concluyó que tal afirmación, y por ende el acuerdo entre los abogados, estaba errado, y decidió el caso siguiendo su opinión personal, justificándose de la siguiente manera: "una proposición errónea no se debe aceptar como una norma de derecho válida sólo porque los abogados la pasaron por alto y no trataron de impugnarla". Pero otro juez disertó enfáticamente en estos términos: dicha decisión no infringía la norma de "justicia natural", *audi alteram partem*,

la cual se aplicaba tanto para cuestiones de derecho como para cuestiones de hecho.

Esto me lleva al punto central de la discusión del principio jurídico que estamos examinando. Es obvio que, no importa cuán amplias sean las facultades de un juez para investigar los hechos en un caso presentado ante él, no hay manera de evitar una serie inicial de alegatos de hecho deben ser presentados por el demandante, así como necesariamente debe haber una respuesta inicial a éstos por parte del demandado. En Inglaterra estos alegatos se presentan en forma escrita, los cuales, como ya antes mencionamos, contienen sólo cuestiones de hecho y no de derecho. Lo que es más, en este contexto "los hechos" deben distinguirse no sólo del "derecho" sino también, de la "evidencia" con la cual la parte intenta probar los hechos alegados.

En Francia las normas que rigen la relación de las declaraciones iniciales de las partes son menos restrictivas que en Inglaterra, aunque sí especifican que el "objeto" de la acción está determinado por las pretensiones y defensas de las partes y que éstas deben alegar *hechos* en apoyo de sus pretensiones y contestaciones.

En Inglaterra, no obstante de que a las partes se les permite modificar los escritos cuando lo soliciten, y aunque el juez mismo puede sugerir que una modificación sería aconsejable, no podrá ordenar tal modificación contra los deseos de la parte cuyo escrito se cuestiona, y —éste es el punto crítico— se debe decidir el caso sólo dentro del contexto de los hechos alegados. En Francia, es claro, no surgen del mismo modo cuestiones acerca de una modificación formal, pero el juez no puede tomar en consideración hechos que no estén *dans le débat*.

Existen varias diferencias muy obvias entre las normas inglesas y francesas; hoy día es muy cierto que un juez francés tiene más facultades en cuanto a la "evidencia" o "prueba" que un juez inglés. Sin embargo, la principal característica de ambos sistemas es la misma, a saber, que ellos dejan a elección de las partes los hechos fundamentales o "materiales"; a las partes corresponde, y sólo a ellas, decidir qué se alegará, qué se negará, qué se admitirá y qué se replicará. Ésta es la forma en que los derechos inglés y francés expresan su fidelidad al principio general de que en los juicios civiles es la controversia como la ven las partes y no como la ve el juez, la que debe decidir. Sin embargo, sobre lo anterior, aún queda la importante duda de saber si también es posible ser fiel al principio de que debe ser el juez y no las partes quien debe fungir como el rector del derecho que se va a aplicar.

Dadas las características de la oralidad del proceso inglés, que permite un mayor diálogo entre las partes y el juez, proporciona a dicho proceso

una mayor posibilidad de lograr una respuesta afirmativa a esta pregunta que el sistema francés, aunque a un nivel más teórico se debe admitir que en ninguno de estos sistemas la división del trabajo especificada en la máxima *da mihi factum dabo tibi jus* se alcanza plenamente; la razón para esto, en pocas palabras, es que aun suponiendo que los tres elementos necesarios para cualquier resolución judicial —hechos, pruebas y derecho— puedan ser diferenciados teóricamente uno de otro, en cualquier caso concreto las líneas divisorias se diluyen y los conceptos se confunden.

Parte de la explicación de esto estriba en el hecho de que en el momento en el que se consulta a un abogado se comienza a emplear lenguaje jurídico conceptual, aunque sea el previsto por la ley, y si una de las partes utiliza un concepto con la finalidad de obtener una mayor precisión, como un sustantivo colectivo o lo que Motulsky llama *simple commodité de langage*, y la otra parte lo acepta, entonces la cuestión de derecho en él contenida queda decidida de antemano.

Suponiendo que el actor alega que celebró un contrato con el demandado y que éste acepte el alegato, en rigor, lo que el actor afirma y el demandado acepta es que las partes realizaron actividades que el derecho reconoce como elementos constitutivos de un contrato y, en teoría, se le debería permitir al juez investigar si los actos ya realizados por las partes fueron suficientes jurídicamente para conformar un contrato, aunque en la práctica la sola argumentación y la admisión de la existencia de un “contrato” no lo permiten.

A pesar de que esta parte de la explicación es muy importante, una más fundamental estriba en el hecho de que cualquier serie de alegatos hecha por el actor no es ni puede ser jamás una declaración completa de todas las circunstancias que conducen a la cuestión objeto de su demanda, ya que una declaración así de completa requerirá que se comencese con la creación del mundo.

Al actor, o bien a su abogado, toca seleccionar los hechos que va a alegar, ya que debe alegar sólo aquellos hechos “materiales” o relevantes a la demanda, y el único criterio relevante es aquel provisto por el derecho; en otras palabras, la selección por parte del abogado de los hechos “materiales” será dictada por su propia opinión acerca de la teoría o teorías jurídicas en las que la demanda o la defensa pueden estar fundadas. Y, si el juez se encuentra ligado por los alegatos de hecho presentados por las partes, se deduce que no puede invocar una teoría jurídica no aplicable a los hechos alegados, cualquiera que sea su opinión personal sobre la verdad material del asunto.

Nos resta tratar el problema de la “evidencia” o “prueba”. Supongamos que en el curso del *trial* o en el curso de la *instruction* aparecen hechos que

no han sido alegados por las partes como hechos "materiales", el juez, fuera de aplicar una norma de derecho que considera esos hechos como "materiales", estaría, de hecho, reestructurado la *litis contestatio* tal como las partes la debieran formular, cosa que, según los sistemas inglés y francés, no debe hacer. Pero si no lo hace tampoco puede aplicar una norma de derecho que no haya sido, de una forma u otra, invocada originalmente por una o ambas partes.

La única salida a este problema sería insistir en que el juez siempre invitara a las partes a expresar sus observaciones acerca de cualquier norma o principio de derecho que les parezca apropiada, si es una que las partes no han invocado todavía. En resumen, aun cuando las partes puedan invocar libremente los hechos de una demanda, por lo que al derecho aplicable respecta no se puede ni se debe evitar una labor de colaboración entre las partes y el juez.

Creo que de ser correcta esta conclusión no sólo nos ayuda a comprender mejor la naturaleza del proceso civil tal como esta institución es entendida por los sistemas legales occidentales, sino también a ver algunas de las diferencias existentes entre estos dos sistemas, por una parte y, por ejemplo, los sistemas socialistas por la otra.

En los sistemas socialistas el proceso civil no es un asunto puramente privado de las partes, se insiste en que es deber primordial del tribunal descubrir la "verdad material". Algunos escépticos bien pueden dudar de la posibilidad de descubrir la verdad material, pero la diferencia en las filosofías fundamentadoras es clara.

3. *Proceso civil e interés "público"*. Mi segundo y último ejemplo del uso del derecho macrocomparado con relación al proceso pretende ilustrar un enfoque diferente, y su punto de partida no es el proceso civil como se concibe tradicionalmente, sino un hecho que ha tenido lugar en países pertenecientes a las dos principales familias jurídicas de Occidente, hecho que ha traído consigo un importante problema que no ha sido satisfactoriamente resuelto en ninguna parte. Por consiguiente, se puede sugerir que para llegar a la solución del problema es esencial llevar a cabo un amplio estudio que penetre más allá de las meras formas de los sistemas jurídicos individuales.

Aunque el proceso civil se considera tradicionalmente como un medio para la resolución de conflictos privados y por lo tanto indiferente, salvo incidentalmente, a los intereses del público en general o bien de un sector de él, no existe ni ha existido, ninguna dificultad particular en cuanto al uso de un proceso civil por funcionarios que, obviamente, no actúan protegiendo sus intereses propios, sino los del público.

Así, el derecho francés confiere ciertos derechos de acción al *Ministère*

Public y el derecho inglés se los confiere al *Attorney General*. De hecho, el legislador tiende a dirigirse más a los procesos civiles que a los penales para la ejecución de cierta legislación moderna de carácter social o económico, pero no es eso lo que da lugar al problema que quiero subrayar aquí. Mi preocupación es en cuanto al uso del proceso civil por parte de individuos o asociaciones que buscan alcanzar un resultado que, al menos en su opinión, beneficiará al público o a un sector de éste más que a ellos mismos. Un escritor norteamericano usó la expresión el *non-Hohfeldian plaintiff* (el demandante no Hohfeldian) para indicar a aquel que actúa con un propósito que no es otro que el de proteger sus propios intereses.

En Francia, por otro lado, una persona que ejerce una acción civil sin tener *intérêt*, es decir, sin tener un interés distinto al de cualquier otro miembro del público, encontrará que su acción será desechada desde un principio como inadmisibile; no habrá investigación acerca de la validez de sus alegatos, o de que el supuesto demandado se ha comportado o amenaza con comportarse ilícitamente. Como dice la expresión francesa, *pas d'intérêt, pas d'action*.

El derecho inglés no distingue de la misma manera entre la procedencia de una acción, por una parte, y su valor sustancial por la otra, y tampoco utiliza de manera usual el concepto de *locus standi* en los negocios civiles. Sin embargo, sí permite que proceda una acción ejercida por un actor que no se vio directamente afectado por lo que el demandado hizo o se propone hacer para ser sumariamente desechado, y por lo tanto el resultado viene a ser casi el mismo. Por consiguiente, como regla general, podemos decir que ni en Francia ni en Inglaterra puede un actor sin "interés" personal usar el proceso civil para objetar la procedencia de las acciones o proyectadas acciones de cualquier otra persona.

Esta conclusión representa la opinión convencional aceptada, y va de acuerdo con la distinción tradicional que existe entre los derechos políticos y los privados: sólo el Estado, a través de sus funcionarios, puede actuar ante los tribunales para proteger los derechos "públicos" que son distintos de los derechos privados de los individuos. Sin embargo, es imposible que el motivo de un actor al ejercer su acción sea objetado si en realidad tiene un interés, y así no se le puede impedir que objete la acción del demandado, simplemente porque no lo haga buscando su propio beneficio.

Cierto es que la decisión consecuente operará como *res judicata* sólo a favor de él mismo, aunque algunas veces la orden del tribunal beneficiará automáticamente a otros, como por ejemplo cuando el tribunal le ordena al demandado desistirse de cierta acción, y en otros casos bastará con la sola declaración de improcedencia. Un buen ejemplo de esto ocurrió en Inglaterra en 1975, cuando, por razones en las que no nos detendremos,

el ministro del Interior amenazó con revocar las licencias de televisión otorgadas a un gran número de personas si no aceptaban pagar una tarifa adicional de 6 libras esterlinas. Una de estas personas —actuando de hecho como representante de todos los demás, pero desde el punto de vista formal actuando únicamente por su cuenta—, presentó una demanda reclamando que la revocación de su licencia, si se llevaba a cabo, sería ilegal; el resultado fue que al final de cuentas su acción tuvo éxito. No hubo ningún problema en cuanto a la procedencia de su demanda, ni hubiera podido surgir alguno, por la simple razón de que seis libras esterlinas del dinero del actor estaban en juego. Sin embargo, la decisión operó a favor de todo el grupo de tenedores de licencias afectados.

Si esto se ve tan sólo como el uso generoso del indudable derecho de acción de un demandante con interés, entonces probablemente no hay nada de nuevo en la acción civil presentada en interés público, y tampoco implica ningún problema técnico en especial al que el derecho macro-comparado podría contribuir en algo. Sin embargo, en la sociedad occidental, las recientes tendencias han dado una nueva importancia a este asunto. El profesor Cappelletti afirma que estas tendencias consisten en la “masificación” de la sociedad, masificación, que como él dice, se extiende más allá de la esfera económica y penetra en las relaciones sociales para que “las actividades y las relaciones humanas adopten un carácter colectivo más que individual y se refieran a grupos, categorías y clases de personas más que a uno o a algunos individuos solamente”. Estas categorías o grupos, aunque informales y no reconocidos, pueden tener características duraderas —minorías étnicas—, residentes de un barrio dado, consumidores y así sucesivamente— o bien, pueden no tenerlas, como lo demuestra el caso de las licencias de televisión, pero la consecuencia es la existencia de numerosos intereses “difusos”, los cuales, si se atribuyen a un solo individuo, o no le permitirían provocar la acción procesal o en caso de que sí lo hicieran, no justificarían el consiguiente gasto y esfuerzo. Como indica el profesor Cappelletti, frente a la existencia de estos intereses difusos la clásica diferencia entre los derechos públicos y los privados se muestra completamente inadecuada.

Actualmente, la realidad —dice el profesor—, es mucho más compleja y plural que aquella dicotomía abstracta: entre el individuo y el Estado existen numerosos grupos, comunidades y colectividades que forzosamente exigen el goce y la protección judicial de ciertos derechos los cuales no pueden ser clasificados, en el sentido tradicional, ni como “públicos” ni como “privados”.

No es mi intención tratar específicamente la acción “de grupo” o “representativa”, esto es, el procedimiento por el cual un gran número de

individuos, cada uno de los cuales tiene una causa de acción similar en contra de un mismo demandado, puede ser representado en una acción ejercitada por uno de ellos, pero por lo menos vale la pena observar que la gran evolución de la acción de grupo, que siguió a la revisión de las normas procesales en 1966 en los Estados Unidos de Norteamérica, sí constituye un excelente ejemplo de la desaparición, de la diferencia entre los derechos público y privado.

En principio sólo se buscaba que la acción de grupo fuera nada más que un dispositivo para lograr la economía procesal y, sin duda, el simple hecho de que según la actual norma norteamericana el número de personas representado en una acción de grupo puede ser de miles o millones, no saca a la acción de grupo del derecho "privado", sino que simplemente proporciona un método por el que un gran número de demandantes individuales pueden unirse en una sola acción para proteger los intereses de cada uno por separado.

Sin embargo, la realidad es que la reunión de un gran número de demandas, incluyendo, tal vez, las demandas de personas no identificadas, virtualmente elimina, desde el punto de vista del demandado, la diferencia entre la compensación y la sanción. La acción de grupo en los Estados Unidos de Norteamérica ha sido en efecto, reconocida, en lo esencial, como un medio para sancionar una conducta ilícita y por tanto como un instrumento de disuasión, lo que, aunque no exento de controversias, es en realidad aceptado por muchos tratadistas. Según uno de ellos, la acción de grupo es una "valiosa herramienta para la disuasión de conductas ilícitas y socialmente destructivas a través de demandas civiles". En esta afirmación la fusión de lo "público" y lo "privado" parece ser total.

La acción de grupo puede suscitar varias dificultades, pero no aquella del derecho del actor para provocar la acción procesal porque, por hipótesis, como miembro del "grupo" tiene interés. Sin embargo, ¿qué pasa cuando no es éste el caso, al menos en el sentido ordinario de "interés"? ¿Puede un individuo, o bien, una asociación iniciar un proceso para objetar la legalidad de las acciones o las proyectadas acciones de otros o, aun, del Estado mismo?

Tradicionalmente en las dos familias legales de Occidente la respuesta a esta pregunta debe ser "no", lo que se confirma por una reciente decisión de la Cámara de los Lores en Inglaterra en la que, irónicamente, los jueces introdujeron la distinción entre los derechos públicos y los privados, lo que en realidad no forma parte del derecho inglés, con el fin de rechazar una acción determinada. Los jueces afirmaron que él no tenía derecho "privado" alguno, sólo estaba implicado un derecho "público" y por ello ningún individuo podía actuar.

En realidad —y esto es parte de los antecedentes del antes mencionado caso— si el derecho inglés sí posee un dispositivo que permite cierta iniciativa por parte de los particulares para la protección del interés “público”, si bien el Estado conserva su monopolio, se acepta que el derecho del *Attorney General* para iniciar un proceso a favor del interés público no puede ser objetado, y también se acepta que autorice a una persona a ejercitar la acción en su nombre. Así pues, si una persona obtiene la autorización del *Attorney General*, puede presentar su acción ante el tribunal. De este modo se conserva el monopolio del Estado porque toca al *Attorney General* decidir, discrecionalmente, si va o no a permitir el uso de su nombre en ese caso en particular, y es casi seguro que fue para conservar este monopolio en el mencionado caso, que la Cámara de los Lores decidiera como lo hizo.

Por atractivo que parezca este sistema —que por otro lado ha funcionado bien en Inglaterra durante muchos años— se está poniendo de manifiesto que un monopolio como aquel que se atribuye al *Attorney General* inglés no puede perdurar. Para esto existen dos importantes razones relacionadas entre sí:

1. Aunque sea posible sostener una situación en la que una autoridad externa, como lo es el *Attorney General* inglés, pueda conferir el derecho de entablar un proceso a una persona que de otra manera no estaría calificada para ello, no existe posibilidad alguna de que su negativa pueda desconocer a una persona el derecho de invocar la competencia del tribunal si éste dispone que así lo haga. En el último de los casos sólo el tribunal puede decidir acerca de su propia competencia.

2. Corresponde al tribunal y sólo a éste decidir si en un caso dado el demandante tiene el suficiente interés para constituir el derecho a entablar un proceso y, por supuesto, una vez que el tribunal haya decidido que tiene tal “interés”, entonces será investigado el fondo de sus alegatos en contra del demandado por difundida o “pública” que sea la cuestión suscitada. Como uno de los jueces de la Cámara de los Lores se vio obligado a admitir: “Un derecho no es menos derecho, ni un mal es menor, porque millones de personas tengan un derecho similar o sufran un mal similar”. Pero si vemos el fondo más que la forma, la diferencia entre un derecho del que son titulares millones de personas y un derecho del que es titular el público o un sector de éste, es una distinción insostenible. El resultado en Inglaterra y, en mayor extensión en los Estados Unidos de Norteamérica, ha sido que los tribunales han sido llevados a una manipulación del concepto de “daño” o “interés” a fin de que controlen la admisión y el rechazo de acciones que de hecho son ejercitadas por personas que buscan servir al interés general, tal como ellos lo ven, más que al propio.

Nadie puede ver la presente situación con ecuanimidad, ya que el problema de la acción civil ejercitada en interés público es demasiado importante como para dejarlo al capricho de la manipulación judicial de los conceptos de "interés" o "daño". Surge ahora una gran necesidad de desarrollar nuevos criterios racionales de decisión tanto en los países de derecho neorromanista como en los de *common law* a los que he dirigido mi atención.

En Francia, por ejemplo, los tribunales y después la legislatura —en 1920— concedieron a los sindicatos profesionales el derecho de ejercitar acciones "en relación con daños causados a los intereses colectivos de la profesión representada", pero el alcance de este derecho estatutario está lejos de ser precisado y, aunque ha existido desarrollo legislativo al respecto en otras áreas (notablemente a través de la *Loi Royer* de 1973, la cual concede el derecho de iniciar un juicio a ciertas organizaciones de consumidores) nada parece que pueda conformar un nuevo principio. Un amplio estudio comparado es esencial como fase preliminar a cualquier intento de solución de un problema apremiante.

CONCLUSIÓN

Existe, entre los estudiantes de derecho, una opinión muy propagada acerca de que la materia del proceso es la menos interesante de todas las que se requiere que estudien, y seguramente lo es si el tema es enfocado con base en que su estudio consiste en aprender en secuencia las diversas etapas que conforman un sistema jurídico determinado, al tiempo que una acción progresa a través de sus varias etapas desde el comienzo hasta la sentencia, de la sentencia a la apelación y de la apelación a la casación o a una ulterior y última tercera instancia. Para el practicante, el conocimiento de estos detalles es, por supuesto, esencial para su vida profesional diaria, mas no es necesario para la existencia continua de lo que a veces nos gusta llamar *The Rule of Law* que el proceso se estudie con más amplitud; nos agrada o no, es a través de los tribunales y de los jueces, como opera el derecho en la sociedad.

Lo que es más, aunque la proporción de conflictos que se solucionan por la decisión de un tribunal es insignificante, las soluciones que los tribunales emiten en los casos que se les presentan tienden a controlar —en todas partes y no sólo en países de *common law*— las decisiones de funcionarios y la asesoría de los abogados en los demás casos: todos ellos presuponen la decisión hipotética de un tribunal en los casos que les toca considerar.

De esto se puede deducir que el proceso constituye el núcleo de la fun-

ción del derecho en la sociedad, y que su carácter y estilo general, esto es, sus premisas y suposiciones fundamentales, deben ser entendidas y valoradas, pero esto no lo puede hacer una persona que sólo toma en cuenta su derecho nacional.

Como dije anteriormente, sólo estudiando un sistema extranjero —un sistema que, en términos generales, realiza la misma tarea que el suyo propio, pero en distinta manera— es que un abogado puede llegar a entender realmente el sistema en el que vive. Tal entendimiento es un requisito esencial para un desarrollo satisfactorio del sistema procesal dondequiera para poder superar los retos que se puedan encontrar en el futuro.

Me pidieron mi punto de vista acerca del estudio comparado del derecho procesal, y se los diré en pocas palabras: ¡es una buena forma de estudio para los juristas!

J. A. JOLOWICZ

traducido por

Francisco José DE ANDREA S.